DIEZ CODIGOS CIVIL PERUANO

BALANCE Y PERSPECTIVAS

TOMO I

Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Lima

UNIVERSIDAD DE LIMA

Prohibida su reproducción
total o parcial

76822

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

DERECHOS RESERVADOS
LEY 13714

Primera Edición: 1995

© Universidad de Lima
© Para esta edición
WG Editor E.I.R.L.
Atahualpa 251 - Miraflores
Telf. 461787

Carátula: "Preparando el fallo" Teodoro Núñez Ureta

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

UNIVERSIDAD DE LIMA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Decano : Augusto Ferrero Costa

Comisión Organizadora : Carlos Fernández Sessarego (Presidente)
Max Arias Schreiber Pezet
Luciano Barchi Velaochaga
Carlos Cárdenas Quirós
Víctor Guevara Pezo
Ricardo Maguiña Pardo
Alex Plácido Vilcachagua
Alberto Stewart Balbuena
Lizardo Taboada Córdova
Enrique Varsi Rospigliosi
Yuri Vega Mere
Max Silva Panez

Comité Científico : Carlos Fernández Sessarego
Yuri Vega Mere

Ponentes:

ARGENTINA:

Atilio Aníbal Alterini
Jorge Horacio Alterini
Luis O. Andorno
Enrique Carlos Banchio
Gustavo A. Bossert
Guillermo A. Borda
Alberto Bueres
Santos Cifuentes
Carlos Ghersi
Aida Kemelmajer de Carlucci
Roberto López Cabana
Ricardo Luis Lorenzetti
Graciela Medina de Rivera
Luis Moisset de Espanés
Jorge Mosset Iturraspe
Julio César Rivera
Roberto Vásquez Ferreyra

BOLIVIA:

Santiago Berrios Caballero

BRASIL:

Rubens Limongi França

COLOMBIA:

Fernando Hinestrosa
Javier Tamayo Jaramillo

COSTA RICA:

Víctor Pérez Vargas

ESPAÑA:

Ricardo De Angel Yágüez
Diego Espín Cánovas
José María Miquel G.

FRANCIA:

François Chabas

ITALIA:

Giovanna Visintini
Sandro Schipani

PUERTO RICO:

Pedro F. Silva-Ruiz

URUGUAY:

Gustavo Ordoqui Castilla

PERU:

Max Arias Schreiber Pezet
Luciano Barchi Velaochaga
Carlos Cárdenas Quirós
Javier De Belaunde López de Romaña
Manuel De la Puente y Lavalle
Carlos Fernández Sessarego
Víctor Guevara Pezo
Alberto Loayza Lazo
Juan Olavarría Vivian
Felipe Osterling Parodi
Alex Plácido Vilcachagua
Eduardo Seminario Stulpa
Lizardo Taboada Córdova
Enrique Varsi Rospigliosi
Yuri Vega Mere

INDICE

PRESENTACION *11*

PONENCIAS

- CODIFICACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO
  Sandro Schipani *13*
- EL APORTE PERSONALISTA DEL CODIGO CIVIL PERUANO
  Víctor Pérez Vargas *33*
- PERSONAS NATURALES: PROPUESTAS DE ENMIENDA
  Yuri Vega *47*
- EL HISTORICO PROBLEMA DE LA CAPACIDAD JURIDICA
  Carlos Fernández Sessarego *73*
- CAPACIDADES DE GOCE Y EJERCICIO: CAUSALES, EXTENSION Y LIMITES DE LA INCAPACIDAD
  Santos Cifuentes *137*
- EL DERECHO GENETICO: SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS DE PERSONAS Y FAMILIA
  Enrique Varsi Rospigliosi *147*
- LA TUTELA DE LA PERSONA FRENTE A LA MANIPULACION GENETICA
  Enrique Carlos Banchio *161*
- MODERNAS CUESTIONES BIOTECNOLOGICAS Y FLEXIBILIDAD DEL CODIGO CIVIL PERUANO
  Graciela Medina de Rivera *185*
- EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO
  Jorge Mosset Iturraspe *211*
- RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONA
  Julio César Rivera *215*
- EL CONCEPTO DE MUERTE ANTE EL DERECHO AL TRANSPLANTE Y EL DERECHO HEREDITARIO
  R. Limongi França *239*
- PERSONAS JURIDICAS: PROPUESTAS DE ENMIENDA
  Javier de Belaunde L. de R. *257*

- ACTO JURIDICO: PROPUESTAS DE ENMIENDA
Lizardo Taboada Córdova *279*

- LA CAUSA FINAL EN EL ACTO JURIDICO
Alberto Bueres *301*

- EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO
Santiago Berrios Caballero *313*

- DERECHO DE FAMILIA: PROPUESTAS DE ENMIENDA
Alex F. Plácido Vilcachagua *335*

- REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO Y DE LA UNION DE HECHO
Gustavo A. Bossert *343*

- UNIONES DE HECHO EN EL PERU Y EN PUERTO RICO
Pedro F. Silva-Ruiz *351*

- DERECHO DE SUCESIONES: PROPUESTAS DE ENMIENDA
Augusto Ferrero *371*

- DERECHO DE SUCESIONES: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA SU MODIFICACION
Juan Olavarría Vivian *381*

- COMENTARIOS SOBRE LOS DERECHOS REALES
Max Arias-Schreiber Pezet *387*

- DERECHOS REALES: PROPUESTAS DE ENMIENDA
Víctor Guevara Pezo *393*

- EL *NUMERUS CLAUSUS* EN LOS DERECHOS REALES
Jorge Horacio Alterini *401*

- DERECHOS REALES: COMENTARIOS A LAS PROPUESTAS DE ENMIENDA
José María Miquel G. *413*

- EL DERECHO DE SUPERFICIE
Luis O. Andorno *425*

PRESENTACION

Entre el 12 y el 16 de septiembre de 1994, conmemorando los diez primeros años de vigencia del Código civil peruano, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, a través de su Centro de Investigación, organizó un Congreso Internacional denominado "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas". Participaron como expositores 31 juristas extranjeros, de Europa y América Latina, y 15 expositores nacionales. En este acontecimiento se hicieron presentes magistrados, de todos los niveles, profesores, abogados y estudiantes de Derecho que, en número que superó las dos mil personas, provenían de los más diversos lugares del país.

Los ponentes nacionales comentaron las propuestas de enmienda al Código civil elaboradas por un equipo de más de 60 profesores de las Facultades de Derecho de la ciudad de Lima, las mismas que contienen los ajustes que se estima oportuno introducir en dicho Código, después de 10 años de vigencia, para actualizarlo y perfeccionarlo. Los expositores extranjeros, al elogiar los aportes del Código civil peruano, analizaron algunas de dichas enmiendas y recomendaron, unánimemente, realizar tan sólo algunos retoques al texto del Código a fin de preservar su acertada estructura y sus bondades técnicas.

Se ha considerado oportuno, siguiendo una tradición ya decenal, publicar en dos volúmenes el texto íntegro de los valiosos trabajos presentados al referido Congreso Internacional. El primero de ellos contiene los ensayos referidos al Título Preliminar y a los derechos de las personas, al acto jurídico, a los derechos de familia, sucesiones y reales. En el segundo volumen se recogen los trabajos concernientes a las obligaciones, los contratos y la responsabilidad civil por daños.

Con esta publicación, cuya edición se confía W.G. Editor E.I.R.L., la Universidad de Lima tiene la satisfacción de ofrecer a los estudiosos y a los operadores del derecho una valiosa contribución, que no sólo enriquecerá la doctrina jurídica nacional sino que permitirá encontrar valiosas sugerencias para los ajustes que fuere necesario introducir en el Código civil a los diez años de su vigencia. De este modo, la Universidad de Lima cumple con brindar, una vez más, su aporte a la comunidad nacional.

Es del caso recordar que la presente publicación se suma a aquellas otras que recogen los trabajos presentados en los diversos Congresos Internacionales que durante el último decenio ha organizado la Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas en el área del Derecho Civil, las mismas que han contribuido a un mejor y más profundo conocimiento del Código civil de 1984.

Tanto el Congreso Internacional como esta publicación constituyen un reconocimiento al logrado Código civil peruano de 1984 y un justo homenaje a los hombres de derecho que, a partir de marzo de 1965, lo hicieron posible.

La Universidad de Lima agradece a quienes con dedicación y esfuerzo, en una u otra medida, colaboraron a realizar un Congreso Internacional de extraordinaria magnitud y de amplia repercusión tanto nacional como internacional. Nuestra Casa de Estudios reconoce también la valiosa contribución recibida de parte del Instituto Italo Latino Americano, Agencia Española de Cooperación Internacional, Sub-Secretaría de Cooperación Internacional de la Cancillería Argentina, Aero Perú, American Airlines, Banco de Lima, Banco Interandino, Banco Continental, Agencia EFE, Backus y Johnston S.A., Cafetal, Tele Cable, Tele Point y Diario Expreso.

CODIFICACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO [1]

Sandro Schipani
Universidad de Roma "Tor Vergata"

SUMARIO: 1. La propuesta.- 2. Presentación sintética del fundamento de la propuesta de introducir la referencia explícita a los "principios del derecho latinoamericano". A. La consolidada presencia de la obligación para el juez de decidir y de la remisión a los "principios generales del derecho". B. Direcciones en las cuales opera la individualidad del sistema jurídico latinoamericano y de sus "principios": a) En la lectura de los principios del "derecho romano actual"; b) En la contribución de las instituciones indígenas de origen precolombino; c) En la unificación - armonización del derecho; d) En la relaciones de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. C. Utilidad de incluir expresamente la referencia a los "principios de derecho latinoamericanos". 3. El "valor informador" de los principios en relación con el ordenamiento.- 4. Algunas observaciones sobre la propuesta relativa a la costumbre: A. Inconveniencia de regular de manera general la costumbre; B. La costumbre **praeter legem**; C. La costumbre y la interpretación de la ley; D. Las "costumbres y formas de vivir" de las "comunidades campesinas y nativas".

1. LA PROPUESTA

Texto actual de artículo VIII Tít. Prel. Cc Per./1984:

"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano" [2].

Texto propuesto:

---

(1) Agradezco a la Universidad de Lima, a sus Autoridades Académicas, a la Comisión Organizadora y en modo particular a su Presidente, Carlos Fernández Sessarego, la invitación a participar en este Congreso, y a incluir mi contribución en el volumen que reune las ponencias en el mismo.
Esta investigación está desarrollada en el marco de la investigación sobre auspiciada por el Consejo Nacional de Investigaciones - CMR Proyecto Italia - América - Latina.

(2) Cfr. M. RUBIO CORREA, *Título preliminar,* Lima 1988, pág. 139 ss; J. MONROY GALVEZ, en A. FERRERO y otros, *Tratado de Derecho Civil, 1, Título Preliminar,* Lima, 1990. pág. 369 ss.; F. VIDAL RAMIREZ, *Introducción al Derecho civil peruano,* Lima, 1992, pág. 211 ss.

"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la legislación. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, particularmente los del derecho latinoamericano, y la costumbre. Los principios y la costumbre orientan la interpretación que el juez hace de la legislación.

Cuando se pudiera haber aplicado el artículo 149 de la Constitución a las partes en sus territorios, los jueces aplicarán las costumbres de dichas partes, siempre que con ello no se violen los derechos fundamentales, y que se guarde la conformidad con los principios del derecho latinoamericano" (3).

Esta propuesta, que comparto, se refiere a cuatro grupos de problemas:

- el deber del juez de decidir el caso a él sometido;
- la referencia a los "principios generales";
- la consideración de la costumbre;
- la consideración del "derecho consuetudinario" de "las Comunidades Campesinas y Nativas".

Dedico mi contribución esencialmente al segundo problema, y de manera particular a la oportunidad de dejar explícita la referencia a los "principios del derecho latinoamericano". Desarrollaré también algunas breves consideraciones en mérito al tercero y al cuarto, por su relación con el segundo. No voy a detenerme sobre el primero, no obstante que siempre unas precisiones podrían ser útiles para evitar enfoques equivocados.

2. PRESENTACION (SINTETICA) DEL FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA DE INTRODUCIR LA REFERENCIA EXPLICITA A LOS 'PRINCIPIOS DEL DERECHO LATINOAMERICANO".

A. La consolidada presencia de la obligación para el juez de decidir y de la remisión a los "Principios Generales del Derecho". En los Cc. del Perú ha sido prevista constantemente una norma que establece la obligación del juez de decidir siempre el caso a él sometido. Esta norma hace referencia a los "principios generales del derecho" para su función de 'hetero-integración' del Cc. y del conjunto de las normas impuestas por el estado, e, implícitamente o explícitamente, para sus funciones "de guía de la interpretación" (con leves variantes de redacción, la encontramos ya como art. IX de tít. Prel. del Cc Per./1852, y art. XXIII del Tít. Prel. del Cc Per./1936).

(3) El texto de este artículo es parte de una propuesta de texto sustitutivo del Título Preliminar, elaborada por M. RUBIO CORREA, a pedido de la Comisión Organizadora.

Gracias a esta firme base, evito examinar en detalle algunos problemas relativos al destinatario de la norma [4] y al significado de la referencia a los "principios generales del derecho". Me limito, acerca de estos dos puntos, a recordar algunas nociones elementales.

La referencia a "los principios generales del derecho", fue codificada por primera vez en el Cc. para los Estados de su Majestad el Rey de Cerdeña/ 1837, art. 15, que superó las soluciones de los precedentes ALR, Cc. Napoleón, ABGB [5].

Con esta referencia el codificador del reino de Cerdeña ha querido confirmar que el Código, y el conjunto del ordenamiento del estado no constituía un universo cerrado en sí mismo sino que estaba estructuralmente ligado con el derecho romano en su totalidad, especialmente en sus 'principios generales'. A este derecho, como la palabra 'principios' lo dice, se podía y debía atender siguiendo aquel método de elaboración sistemática que lo caracteriza; que había mas intensamente impregnado la forma expositiva del mismo bajo el influjo del racionalismo; y que orienta la elaboración de los códigos.

Esta referencia evita tanto el estatal-legalismo como las corrientes filosóficas del siglo de las luces y de la escuela del derecho natural, y se

---

(4) La primera parte de la norma se dirige al juez, y, en el ámbito del debate sobre la división de los poderes, expresa una elección efectuada entre obligación de referencia al legislador, (cfr. en América Latina el Cc Bolivia / 1831, art. 1570) y obligarían de decidir sobre el referimiento al legislador, CRF. A. GUZMAN BRITO, *Historia del referimento al legislador*, I. *Derecho romano*, II. *El derecho nacional chileno*, en *Rev. Est. Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, respectivamente 6, 1981, pág. 13 ss.; 7, 1982, pág. 107 ss.). La imposición al juez del deber de decidir no estaba prevista en los Pytos. Cambacerés del Cfr.; pero la lectura del las palabras de PORTALIS, "Discours préliminaire" del año VIII (1800) no permiten de afirmar rotundamente que con la imposición de tal deber el legislador francés haya considerado que su creación debiera ser entendida como completa, sin lagunas ("preveer todo, es un objeto imposible por conseguir"); posiblemente, completo no era considerado el código, ni la legislación, pero sí el sistema al cual el juez tenía que acudir para decidir (cfr. PORTALIS en P.A. FENET, *recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, 1, 1827, pág. 467 ss.; 2, pág. 467 ss.- reimpr. Osnabrück, 1968; por mi también citado: S. SCHIPANI, *El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinaomericano (apuntes para una investigación), en El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano, Congreso Internacional, Lima 9-11 de agosto de 1985*, Lima, 1988, nota 42).
Es opinión generalmente aceptada, y de compartir, que la segunda parte de la norma, aunque se ha concebido para limitar la discrecionalidad del juez, está dirigida a cualquier intérprete.

(5) Cfr. S.SCHIPANI, *El Código Civil peruano* cit., 46 s. Cfr. examen más exhaustivo sobre el debate relativo a la aprobación del artículo 15 del Cc. Cerdeña./ 1837, en S.SCHIPANI, *Apuntes para una investigación sobre la remisión a los "principios generales del derecho": el Código Civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos, en El Código Civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos. Congreso, Burgos 1989*, en curso de impresión (texto it. en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1994); cfr. también M. RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, en (A. LEVAGGI, coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación*, Buenos Aires, 1992, pág. 178 ss.

UNIVERSIDAD DIBLIOTECA DE LIMA

fundamenta en un positivismo de las fuentes del **Ius Romanum comune** (que sin embargo incluye también el **ius naturale**), codificado en el **Corpus Iuris**, y sus desarrollos, aún actuales [6].

Respecto al Cc. Napoleón, esta referencia ha puesto, en evidencia, así un límite a la libertad del método con el cual el juez busca la norma por aplicar, y constituye una formulación del principio que niega al mismo el rol de fuente del derecho (C. 7, 45, 13: **non exemplis, sed legibus iudicandum est**/" se ha de juzgar no por ejemplos, sino con arreglo a las leyes"), con la cual está en consonancia la doctrina de la división de los poderes, reservando antes que todo a la ciencia del derecho el deber de hacer progresar al derecho por vía de una interpretación del sistema (D. 1, 2, 39. 41: **ius civile fundare ... generatim constituere**/ "fundar ... constituir sistemáticamente el derecho civil"), deber del cual es tradicionalmente depositaria, y que se manifiesta en la elaboración de los códigos mismos, que la ciencia jurídica produce y a cuyas manos regresan (D. 1, 2, 2, 5: **his legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori**/ "promulgadas estas leyes, comenzó a ser necesaria la discusión en el foro, como suele ocurrir naturalmente que la interpretación requiere la autoridad de los prudentes") [7].

En relación con esta referencia a los principios generales del derecho, sin embargo, el sistema romanista en Europa y en América Latina ha tenido desarrollos diversos (he tenido ya la oportunidad de analizarlos justo con ocasión del congreso sobre "El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano" de 1985) [8].

---

(6) El derecho romano no es algo concluido en una edad histórica coincidente con la convencionalmente definida como antigüedad clásica, desde la fundación de Roma hasta Justiniano; su tiempo específico es distinto de la duración de la edad histórica antedicha, que podemos considerarla como la "edad de la formación del sistema del derecho romano" (P. CATALANO), mientras que el "papel del derecho romano continua siendo un factor vivo a través de las 'formaciones sociales' distintas" (J. TOPOLSKI). Formado y vivo; y por lo tanto definido en sus caracteres fundamentales, y sin embargo capaz de desarrollos y enriquecimientos (A. GUZMAN). Cfr. respectivamente P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pág. 53 ss.; J. TOPOLSKI, *Los Problémes méthodologiques,* en *Index*, 7, 1977, pág. 226; A. GUZMAN. *El significado* cit. pág. 137, cuyas acertadas palabras me parece oportuno reproducir más extensamente: "*Corpus Iuris,* he allí, pues el texto doctrinal al cual el juez deberá acudir .. si no se encuentra ahí una solución, el juez puede recurrir a los intérpretes del derecho romano, teniendo presente que los civilistas modernos en la medida en que trabajan con códigos romanistas son legítimos sucesores de los antiguos intérpretes directos del *Corpus Iuris*. Cierto es que el derecho moderno presenta amplias ramas frente a las cuales el romano poco o nada tiene que decir en concreto, si bien difícilmente los principios generales de esas ramas estarán en contradicción con los principios del derecho romano y del civil". Conforme a este enfoque, el sistema del derecho romano actual, con base en sus principios elaborados *hominum causa*, no acepta ni incluye cualquiera elaboración moderna, y frente a ellas puede ser origen y fuente, u ocasión de reflexión, o estímulo crítico y alternativo.

(7) Sobre el valor jurígeno de la doctrina, cfr. F. VIDAL RAMIREZ, *Introducción al derecho civil peruano,* Lima, 1992, pág. 163 ss.

(8) Cfr. S. SCHIPANI, *El código* cit.

En Europa, sobre todo en las últimas décadas del siglo pasado y en la primera mitad de este siglo, el "nacionalismo jurídico" ha deteriorado el valor de esta referencia: los ordenamientos de los Estados nacionales modernos han sido orientados a una clausura en sí mismos, perdiendo la relación con el derecho romano común, que era 'nacionalizado', 'estatalizado'. Esta situación ha tenido su punto de mayor evidencia en el Cc. it./ 1942, art. 12, Disp. prel., en el cual la remisión ha sido formulada con la creación de la locución "principios generales del ordenamiento jurídico del estado". Solamente ahora una tendencia contraria se viene manifestando, y España, donde la locución tradicional no había sido cambiada, ni aún en el apogeo del nacionalismo jurídico, gracias a la particular comunicación con los países de América Latina, España en la ley de 1973 ha subrayado el significado y rol de los "principios generales del derecho" como categoría anterior al ordenamiento [9].

En América Latina en cambio la referencia ha permanecido estable (el mismo Código tiene la referencia elaborada por Bello y acogida después en el Cpc. Chileno [10]; solo en el Cpc. Bol./ 1976 art. 1 co. 2 y 193 han surgido algunas imprecisiones) [11]. Común ha sido su interpretación, también es cierto no hayan faltado ni falten tendencias a imitar el estatal-legalismo, que ha prevalecido en la doctrina europea.

Los códigos latinoamericanos de la independencia, que han hecho suyo para América Latina el sistema del derecho romano, a través de esta referencia han precisado sintéticamente su permanente inmersión en tal sistema. Esta referencia es como la bisagra que a tal sistema los une [12].

---

(9) Art. 1: "La fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho ... Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". A propósito de estos, DE LOS MOZOS J.L. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español, I, Parte general,* 1, *Introducción al Derecho Civil,* Salamanca, 1977, pág. 502; pág. 484, ha puntualmente afirmado: "(en) la tradición romanista interpretada, a veces, con diferencias de matiz, que no son más que variaciones de un mismo sentimiento del derecho que se concreta, en la mayor parte de los casos en variantes de orden técnico y sistemático, dependiente de diversas circunstancias, pero que actúan unas constantes. uniformes, comunes a todos los derechos europeos (...) es ahí donde hay que encontrar el núcleo central de los principios generales del derecho". Cfr. también S. SCHIPANI, *Apuntes* cit.
Para Italia, no es una casualidad que ahora la Academia Nazionale dei Licei, organizando un congreso sobre el argumento, lo haya titulado "los principios generales del derecho" y no del ordenamiento jurídico del estado. (cfr. supra N).

(10) Cfr. S. SCHIPANI, *El Código* cit., 50; A. GUZMAN BRITO, *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno, en Rev. de Ciencias Sociales,* págs. 8-19, 1981 Valparaíso, II ss., particularmente pág. 137; M. RUBIO CORREA, Los Títulos cit., pág. 179 ss.

(11) En estos artículos, la referencia a la "equidad que nace de las leyes' se transforma en "equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado", con una terminología no exenta de ambigüedad en relación a la presencia de franjas de estatal-legalismo. Cfr. sin embargo J. MOSCOSO DELGADO, *Introducción al Derecho,* 4 ed., La Paz, 1987, pág. 421 ss.

(12) Cfr. también S. SCHIPANI, *Antecedentes del Código civil ANDRES BELLO.* De las Institu-

Por ej., las Jornadas Nacionales (argentinas) de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), tomando partida sobre el tema, han expresado, exactamente la doctrina común de América Latina y la correcta interpretación en los siguientes términos: "(III) la referencia del legislador a los principios generales del derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la 'iurisprudentia', en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos Civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista".

B. Direcciones en las cuales opera la individualidad del sistema jurídico latinoamericano y de sus "principios". El CcPer./1984, ha enriquecido de manera muy significativa la norma en examen, precisando la referencia a los principios "que inspiran el derecho peruano".

He tenido la oportunidad de reconocer que tal caracterización constituye una gran innovación en el marco de los códigos latinoamericanos: En efecto, el codificador (doctrina y legislador) peruano, ha prescrito así la investigación, al interior de los "principios generales", de los que inspiran el derecho peruano, y con tal locución, no se refiere a principios 'extraidos', por sucesivas generalizaciones, del derecho peruano, o en todo caso a principios 'nacionales' de derecho, más bien, ha hecho referencia objetiva a la específica dimensión latinoamericana del código mismo; a la realidad del sistema jurídico latinoamericano que se ha formado, con unidad y especificidad propias al interior del sistema romanista, y que inspira e informa los diversos ordenamientos del continente [13].

La codificación de esta norma constituye una importante conquista a nivel legislativo, de un resultado alcanzado por la ciencia jurídica, antes que todo, latinoamericana (la realidad del sistema es anterior, pero la formulación en el ámbito de la ciencia jurídica me parece que inicia con la contribución de C. Bevilacqua [14], para ser posteriormente enriquecida por muchos otros, entre quienes deseo citar M.A. Laquis[15], C. Fernán-

---

ciones a los Principios Generales del Derecho, (trad. F. HINESTROSA), Bogotá, 1989; Idem, *Los Códigos latinoamericanos de la "transfusión" del Derecho Romano y de la Independencia. Hacia códigos de la "mezcla" y "códigos tipo",* en (A. LEVAGGI, coord.), *fuentes* cit., pág. 48 ss.; Idem, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo,* en *Il diritto dei Nuovi Mondi*, Padova, 1994, pág. 89 ss. (trad. esp. en *Ars. Iuris,* México, en curso de impresión).

(13) S. SCHIPANI, *El Código* cit., pág. 52 ss.; Idem, *Antecedentes* cit., nota 96.

(14) C. BEVILACQUA, *resumo das liçoes de legislaçao Comparada sobre o Direito privado,* 2 ed. Bahia, 1897.

(15) M. A. LAQUIS, *Desde VELEZ SARSFIELD hasta la actualidad: Independencia y elementos de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema,* en (S. Schipani, coord.), Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto latinoamericano, Padova, 1991, pág. 515 ss.

dez S. [16], F. Hinestrosa [17] y otros), y también europea (J. Castán Tobeñas, J.M. Castán Vásquez, J.L. de los Mozos, H. Eichler, P. Catalano, etc.). Un resultado que, sin perder de vista el elemento romanístico, considera la especificidad y unidad asumida por el sistema en conexión con el "bloque cultural romano-ibérico-precolombino" (Catalano) y la específica "mezcla" de los tres ahora citados factores que se realizó en América con base en el primero (asumo la palabra 'mezcla' como exactamente la utiliza J. Basadre, exponente emblemático de la cultura histórico-jurídica peruana, y lo hago no sólo como un justo homenaje a un ilustre estudioso de este país, sino, sobre todo porque considero que el tipo de sensibilidad y de producción científica del cual él era poseedor hizo posible que en el Perú se halla madurado la codificación de una norma de tal entidad) [18].

La codificación de esta norma tiene su base en el principio romanístico del **suis legibus uti**, y consolida el compromiso de una más profunda valorización de la individualidad del sistema.

Este compromiso está bien arraigado y se presentan diversas direcciones según las cuales me parece se pueda realzar la particularidad de los principios generales; no es el caso de desarrollarlas, pero señalo algunos ejemplos.

a. **en la lectura de los principios del "derecho romano actual"**. Existe antes que todo una lectura diversa del mismo derecho romano común, y un **mos latinoamericanus iura legendi ac docendi** [19].

a'. Pensemos en el goce de los "derechos civiles" por parte de los extranjeros: el Cc fr. ha leído el derecho romano remitiéndose a la contraposición entre ciudadanos y extranjeros y ha confirmado el principio de la reciprocidad; a las diversas vertientes de esta, está ligada la legislación prevalente en Europa [20]. Los Cc. latinoamericanos al referirse al derecho

---

(16) C. FERNANDEZ SESSAREGO, *Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano,* en (S. SCHIPANI, coord.), *diritto Romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoameicano. Studi Sassaresi,* 5, 1977-78 (milano, 1981), pág. 9 ss.; Idem, *Discursos,* en *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Congreso internacional. Lima 5-7 Set. de 1988,* Lima, pág. 19 ss.; pág. 33 ss.; ensayos publicados también en Idem, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, 1990, pág. 395 ss.

(17) F. HINESTROSA, *Principios generales: aplicaciones y perpectivas en el derecho de nuevos mundos, en Il diritto dei nuovi mondi,* Padova, 1994, 209 n.

(18) Cfr. S. SCHIPANI, *El Código* cit., pág. 43 ss.; F. VIDAL RAMIREZ, *Introducción al Derecho Civil Peruano,* Lima, 1992, pág. 218.

(19) Usa esta expresión, y nos ilustra las implicaciones, A. GUZMAN BRITO, "Saludo" en *IX Congreso latinoamericano de derecho romano, Jalapa: 1994,* en curso de impresión.

(20) Ccfr. art. 11; ABGB, par. 16 y 33; diversamente, no exige alguna reciprocidad el Cclt./1865, art. 3, pero retorna el Cc. 1942, Disp. prel. art. 16; por el Cc. Esp./1889, art. 27; etc. Cfr. H. VALLADAO, *Direito Intenacional Privado*, 1; 5 ed. Río de Janeiro, 1980, pág. 383 ss.; S. SCHIPANI, *II "modelo" romano del code Napoleon: problemi del diritto delle persone,* in AA.VV., *La nozione di "romano" fra cittadinanza e universalitá,* Napoli, 1982, pág. 135 ss.

romano, han seguido la superación en este realizada de la diferencia entre ciudadanos y extranjeros, y han generalmente concedido también a los extranjeros el goce de los derechos previstos por los códigos mismos [21].

a". Pensemos en la tutela de la persona-hombre. En Europa se ha frecuentemente procedido sobre la vía de la distinción formulada por Donellus entre **homo naturae, persona iuris civiles vocabulum**/ "la palabra hombre es de la naturaleza, persona del derecho civil" [22]. Esta ha consentido al legislador, sobre todo a través de la sucesiva elaboración del concepto del 'sujeto de derecho' y 'titular de derechos subjetivos', de dar o negar la idoneidad misma de serlo; de considerar, es decir que el derecho dé al hombre su calificación [23]. En América Latina, la adhesión a la concreta naturaleza del ser humano [24] ha permitido, en el Cc. del Perú de 1984, art. 1; el esfuerzo de recuperar el mismo concepto de sujeto del derecho, al servicio del ser humano en todos los momentos de la vida [25].

---

(21) Cc. Perú/1851, art. 32-33; Cc./ 1936, art. XVI; Cc./1984, art. 3 y 2046; Cc. Chile/1857, art. 57: "la ley no reconoce diferencia entre el chileno y extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código"; texto igual en el Cc., del Ecuador de 1860, art. 43; de Venezuela de 1862 Tít. I, L. I art. 5 y del 1867 art. 23, después con leves modificaciones en el Cc. de 1873 art. 17 y en aquellos sucesivos; en el Cc. de la Confederación Granadina, como por ej. del Cauca de 1869 art. 58; y que se sustancialmente aceptado también en los códigos que no acogen en bloque la obra de BELLO, como por ej. el Cc. del uruguay de 1868 art. 22, y que converge con el trabajo de FREITAS que, en polémica con e. Code Civil, escribía en 1858, en la "Introducción" a la *Consoloidaçao das leis civil* (cfr. 5 ed., Río de Janeiro, 1915, p. XC Nº 213): "A differença entre estrangeiros e cidadoos foi succesivamente desapparecendo, houve graos intermediarios, ate que foi abolida (L. 17 Dig. *de sta. hom.*) tendo cessado esta differença, cessou a distinçao entre o jus civile e o jus gentium, os quaes se identificaram. Em sentido inverso, nao tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nos, um direito civile dos citadaos em constraste con otro direito civil, de estrangeiros, cessou a differença entre cidadaos, e estrangeiros, na arena do direito civili, e portanto nao existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros, a este mesmo resultado chega Savigny...". Conforme estan los art. 36-38 del *esboço*, que influye sobre el art. 53 delc. argentino de 1869 (entrado en vigor el 1/1/1871), y sobre el Cc. del Brasil de 1916, aún si la formulación del art. 3 de este se acerca más que todo al código de A. Bello: cfr. S. SCHIPANI, *Los Codigos* cit., pág. 72 s.; Idem, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo* cit. pág. 79 ss.

(22) H. DONELLUS, *Comment, de ture civile,* liber II, cp. 9. Cfr. también H. VULTEIUS, *Iurisprudentia Romana,* lib.I.; g. HEINECCIUS, *Elementa iuris civiles secundum ordinem institutiomun,* par. 75-76; Idem, *elementa Iuris Civiles secundum ordinem poandectorum,* par. 122, sobre el que H. COING, *europarisches Privatrecht,* Frankfurt/M., I, 1986, pág. 167 ss.; cfr. S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo* cit., 73 n. 42.

(23) Cfr. P. CATALANO, *diritto e persone,* 1, Torino, 1990, pág. 163 ss.; pág. 195 ss.

(24) Cfr. S. SCHIPANI, *Principio para un 'Código tipo' de derecho de las personas para América Latina (Apuntes para una investigación sobre la unidad de la categoría persona-hombre),* in *Principios para un 'Código tipo' de derecho de las personas para América Latina. Bogotá 198,* Bogotá (en curso de publicación).

(25) Así el art. 1, coma, del Cc. Perú/1984, sobre el cual C. FERNANDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas,* cit., 27, ss. 59 ss.; P. CATALANO, *Los concebidos en el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Cvil Peruano de 1984), en El Código Civil Peruano cc., 229 s.; fundamental la postura de* A. TEI-

a'". Pensemos en la responsabilidad extracontractual, y en los instrumentos procesales para hacerla valer. Los supuestos de hecho que en el Cuerpo del Derecho civil de Justiniano acompañaban aquellos de la **lex Aquilia**, y que fundaban la responsabilidad también sobre criterios diversos de la culpa, y eran a veces causa de acciones utilizables por cualquier ciudadano (**actiones populaires** para la tutela de la **salubritas**, de la **securitas** etc.), en los Cc. europeos han sido tendencialmente absorbidos en el ámbito del principio que son resarcibles solo los daños derivados de la culpa. Esto ha producido dificultades y discusiones conexas con el desarrollo de la industria, y que se acentuan siempre más, por ej. de frente a los nuevos tipos de daños y de lesiones de "intereses difusos", para la tutela de los cuales el aparato del estado, que también la ha monopolizado, se demuestra ineficaz [26]. En algunos Cc. de América Latina ha sido conservada la acción popular y está presente también el principio de tutela con ausencia de culpa, para algunos hechos específicos típicos [27].

a''". Pensemos en el **favor debitoris**, entendido sobre todo como **favor** de la parte débil del contrato, negado además por la doctrina europea, pero reconocido por aquella latinoamericana [28] y que, en los Cc. recientes, ha encontrado ratificación (Cfr. por el Cc. Per./1984 las normas en materia de excesiva onerosidad, art. 1440-1446; lesión, art. 1447-1456 [29]; reducción equitativa de la cláusula penal excesivamente onerosa, art.

-XEIRA DE FREITAS, *Consolidaçao dos leis civis,* 1858, art. 1 en 1; CcArg./1871, art. 63 ss.

(26) Cfr. Cc. Napoleón, art. 1382 ss.; Ccit/1965, art. 1151 ss. y Ccit./1942 art. 2043; CcEsp./1889 art. 1902; etc.; cfr. (Ch. V. Bar, coord.), *Delihtsrecht en Europoa,* Köln-berlin-Bonn-München; S.Scchipani, *Una posible contribución de los elementos de origen romanístico alas exigensias actuales de la responsabilidad civil, en externado. Memora del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano,* Bogotá, 1985, 395; Idem, *El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad, en Homenaje GOLDENBERG,* Buenos Aires (en curso de publicación).

(27) Cfr. para la acción popular CcCh/1857, art. 2328 coma 2; CcEf/1860 art. 2255, 2; CcCol/1873, art. 2355, 2. Un ejemp. de corriente interpretativa dispuesta a desarrollar los perfiles de originalidad, cfr. en R. LOPEZ CABANA, *La responsabilidad colectiva en el Derecho Civil argentino y en Derecho latinoamericano,* en (S. SCHIPANI, coord.), *DALMACIO VELEZ SARSFIELD* cit., 389 ss. Me parece este un campo en el cual la comparación entre los dos sistemas no haya sido desarollada como en materia de personas; cfr. S. SCHIPANI, voces *Actio de effussis er dieictis e Actio de posititis et suspensis, en Enciclopedia de la responsabilidad civil,* I, Buenos Aires, 1994.

(28) Para la América Latina, cfr. F. HINESTROSA, *La tutela del derecho de crédito y el favor debitoris a la luz del derecho privado colombiano;* J.C. MOREIRA ALVEZ, *As normas de protecao devedor e o favor debitoris. Do diretto romano ao direito latinoamericano,* en (S. SCHIPANI, coord.), *Principi generali del diritto e iniquitá nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debito internazionale dei paest latinoamericani,* en *Investigaciones jurídicas y políticas. Materiales* VII-1, respectivamente 67 ss.; 191 ss.

(29) Cfr. M. ARIAS SCHREIBER P., *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, I, 3 ed., Lima, 1988, 22 ss.; 236 ss.; puntualmente F. Vidal Ramírez, "Nota preliminar", en Código Civil, Edición Oficial conmemorativa del décimo aniversario, 1984-1994,* Lima, 1994, 53 s. (para

1346; para el CcBol./1976, respectivamente art. 581-583; 561; 535; para el de Paraguay/1986, art. 672; 671; 459). En este marco de ideas pensemos por ej. en la prohibición de intereses usureros, que desde las XII Tablas a Justiniano ha sido constantemente confirmada y que en América Latina ha alcanzado el rango de norma constitucional en la Const. de Venezuela/1961, art. 96, y del Brasil/1988, art. 192-VIII-3 [30].

a"""". Pensemos en la enseñanza del derecho romano, que, más allá de crisis y ataques múltiples, entre los cuales los de un pragmatismo utilitarista, o de un anhelo a la llamada modernización, reafirma su papel en las Universidades, al servicio de la formación del jurista y de su compromiso con la justicia, y evita el historicismo de recambre europea en favor de la prescriptividad esencial del discurso jurídico [31].

Sin proseguir una lista inevitablemente sumaria [32], cuyo común denominador me parece que sea una menor influencia del individualismo originado por el iusnaturalismo racionalista del siglo de las luces [33], y

---

una renovada profundización de las implicaciones de la conmutatividad funcional de los contratos, cfr. en D.50, 16, 19, la fundamental definición de Labeon, demasiado descuidada por la posterior prevalencia del elemento convencional).

(30) Cfr. F. GASPARIAN y otros, *A luta contra a usura. O limite dos furos anuais de 12% está em vigor* (Brasil, sin lugar a fecha), para los tres cit. reciente cod., Cfr. Cc. Perú, art. 1243; Cc. Par; art. 475; Cc. Bol., art. 403.

(31) Cfr. A GUZMAN BRITO, "Saludo" cit.; (P. Catalano, cood.) *Diritto romano e Universitá dell'America Latina, Index,* 4, 1973; los ensayos de J.L. SANCHEZ, J.C. MOREIRA ALVES, D. GARCIA BELAUNDE, P. CATALANO, en *Index,* 6, 1976, 12 ss., 41 ss., 66 ss., 87 ss., 120 ss.; J.C. MOREIRA ALVES, A. LEVAGGI, J. del ARENAL FENOCHIO, F. de TRAZEGNIES GRANDA, in *Index,* 14, 1986, 225 ss., 251 ss., 263 ss., 346 ss.; A. TABOSA PINTO-M. Vital da Rocha, in *Index,* 20, 1992, 425 ss.; J.C. MOREIRA ALVES, in *Rev. Brasileira de Direito Comparado,* 10, 1991, 142 ss.; J.C. MOREIRA ALVES, *Os manuais de Direito romano no Brasil,* ponencia en el IX Congr. Latinoamericano de Derecho romano cit. (en curso de publicación); y en general las secciones sobre elt ema de la enseñanza del derecho romano en los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano. Cfr. también S. SCHIPANI, *Los Códigos* cit., 50 ss.

(32) Cfr. sólo por ejemp..: J.C. MOREIRA ALVES, *La unidad del sistema jurídico latinoamericano, contribución de las revistas brasileñas,* ponencia 1993 (en curso de publicación), diversos apotes sobre el tema en los volúmenes: *El Código civil peruano y el sistema cit.; tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Lima 1990; Andrés Bello y el Derecho latinoamericano,* Caracas, 1987; (S. SCHIPANI, Coord.), *Augusto Texeiras de Freitas e il diritto latinoamericano,* Padova, 1988, (S. Schipani, coord.), *Dalmacio Vélez Sarsfield,* cit.; el programa de investigación sobre "Elementos de resistencia (de origen romanístico) del sistema jurídico latinaomericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia" al cuidado de P. CATALANO en *Rev. Gen Legislación y Jurisprudencia,* Madrid, 79, 1979, 637 ss.; Consiglio nazionale delle Ricerche. *Elementi di unitá e resistenza del sistema giuridico latinoamericano, Ricerche Giuridiche e Polinche. Materiali, 2; Problema del diritto commerciale, Materiali,* 6; etc.

(33) En el aporte del iusnaturalismo racionalista, creo que sea necesario hacer una distinción entre lo que se refiere a la forma del discurso jurídico de lo que se refiere a la acentuación del individualismo, y valorar las convergencias del primero con el modelo de las *Institutiones* (cfr. S. Schipani, *Los Códigos* cit., 62 n. 34; Idem, *El Método didáctico de Augusto Teixeira de Freitas,* en *Estudios Jurídicos en Honor de C. Fernández S. y M. Arias Schreibr P.,* Lima,

una más viva relación entre ética y derecho, considero que se debe resaltar que la misma antedicha y en parte divergente interpretación del concepto de principios generales del derecho es el reflejo de ideas diversas de interpretación entre corrientes europea y latinoamericana del derecho romano. Estas tendencias se pueden enriquecer en un diálogo recíproco, y diría que deben hacerlo; pero, para este mismo objetivo, es útil que cada cual asuma su individualidad.

b. **en la contribución de las instituciones indígenas de origen precolombino.** Otra dirección en la cual opera la especificidad del sistema latinoamericano es la utilización del principio de **suis legibus uti** hacia el interior del continente americano, no a favor del desarrollo de 'estados territoriales nacionales' de molde europeo, que rompan la unidad de su derecho común (cosa que también es una tentación que, como lo he señalado, está presente), más bien a favor de los pueblos, y entre estos, de los indígenas, las comunidades campesinas, etc.

En particular, se trata de recuperar y desarrollar la línea abierta por el emperador Carlos V en relación al respeto de las "costumbres y formas de vivir de los indios" (Rec. de Indias, 2, 1, 4; 5, 2, 22), y olvidada con la Independencia y sus códigos [(34)]. Se trata tal vez de introducir un nuevo y diverso 'particularismo jurídico', que también había sido concebido a través de la teoría de las **duae res publicae**, y para lo cual no parece adecuada la elaboración europea de los 'derechos de las minorías', ligada a un tipo de realidad diversa. El enlace entre la realidad de las instituciones indígenas de origen precolombino y la elaboración no simplemente antropológica, sino también jurídica romanística de estas, es una obra que de un lado obliga la ciencia del derecho a dilatar ulteriormente su capacidad, y de otro lado ciertamente transforma dicha realidad institucional de origen precolombino, pero del mismo modo le permite una más significativa permanencia en un circulo de intercambios más extenso, en el marco de aquella "mezcla" de la cual es ya un elemento de mucho tiempo, después de la Independencia, descuidado [(35)] (el mismo uso de la categoría **mores,**

1988, 317 ss.; sobre el tema, cfr. también F. VIDAL RAMIREZ, *Introducción al Derecho* cit., 217).

(34) La falta de atención de los códigos de la transfusión del derecho romano y de la independencia a las instituciones indígenas de origen precolombino: por el Cc. Perú/ 1851 cfr. f. VIDAL RAMIREZ, "Nota preliminar" cit., 16. El Perú ha superado este "olvido por lo autóctono" ya cierto con la Const./ 1933, art. 207 y 212, y el Cc./ 1936 con el reconocimiento de las "comunidades indígenas" (art. 70ss.).

(35) Cfr. (A. LEVAGGI, coord.), *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente,* buenos Aires, 1990; (G. Lobrano, coord.) *Instituciones familiares indígenas y derecho romano,* en *Investigaciones jurídicas y políticas. Memorias,* 2. Sassari, 1988; M. GAYOSO Y NAVARRETE, *persona Naturaleza original del concepto en los derechos romano y nahuatl,* Jalapa, 1992. Sobre "servinakuy", cfr. H. CORNEJO CHAVEZ, *Exposición de motivos y comentarios del proyecto del libro de derecho de familia de la comisión reformadora,* en (D. REBOREDO DE DEBAKEY, cood.), *Código civil,* 4, Lima, 1985, 383 ss.; S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo*

consuetudo, "usos", "costumbre", o directamente "derecho", es el signo de tal "mezcla", o por lo menos de una propuesta de la misma' aún una lengua solamente hablada, al escribirla se transforma, y no dudo que tal paso sea importante y positivo; la transformación es todavía más intensa cuando se traduce, y/o se introducen términos técnicos como aquellos del derecho [36]. La apertura a estos aportes caracteriza una nueva generación de códigos, cuya novedad consiste no tanto en una, creo, inoportuna codificación de tales normas, más bien en el tipo de relación que los códigos llegan a tener con estas normas, y así mismo con el pueblo en todas sus articulaciones.

c. **en la unificación/ armonización del derecho.** Otra importante dirección para la cual es destacable la individualización de los principios del derecho latinoamericano está contituída por la perspectiva de unificación/armonización del mismo.

En Europa, terminada -o por lo menos así esperamos- la fase de la más grave explosión del nacionalismo, incluso jurídico, la tendencia hacia la integración está avanzando a grandes pasos, también entre dificultades y contradicciones cuya gravedad no ha de ser subestimada. El Acta Unica del 17-28 de Febrero de 1986 ha reafirmado el propósito común de los países de la Comunidad Europea de crear un "mercado interno", que han definido como un "espacio sin fronteras", donde se asegura "la libre circulación de las mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales"; dicha Acta se refiere a la Declaración solemne de Stuttgart del 19 de Junio de 1983 con la cual los países mencionados se habían comprometido a la "supresión de todos los obstáculos" a la libre circulación. Es bien significativo que la doctrina jurídica, aunque no de manera unánime, haya interpretado tal programa de "supresión de todos los obstáculos" en el sentido de contemplar también las diferencias de normas jurídicas como un obstáculo más a suprimir, cuando impida el objetivo indicado. Algunas iniciativas se han puesto en movimiento [37].

En un nivel más general, son además notabilísimas las iniciativas para la unificación del derecho en algunos sectores [38].

Mondo, cit., 107 ss.

(36) En este año, aniversario de MARIATEGUI, considero significativo recordar el prólogo de sus *siete ensayos* de interpretación de la realidad peruana, en la cual subraya la necesidad del encuentro del elemento indígena en América con la ciencia y el pensamiento europeo; entre estos considero que es necesario poner la ciencia del derecho; cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, *El derecho romano en el Perú,* en *Index,* 6, 1976, 66 s.

(37) Cfr. (P. STEIN, coord.), *Incontro di studio sul futuro codice europeo dei contatti,* Pavia, 1990, Milano, 1993.

(38) Cfr. por último el texto de cconvención UNIDROIT, *Principles for internacional commercial contracts,* Roma 1994, y, sobre esto, un punto de vista latinoamericano en ()J. Bonnel-S. Schipani, coord.), *Il progetto UNIDROIT "Principi dei contratti commeciali internazionali" e l'unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano,* Padova, en curso de publicación.

Que la América Latina pueda más fácilmente que otros continentes alcanzar objetivos similares, ya ha sido sostenido de tiempo atrás [39]. Considero que hacer énfasis en los principios comunes de este sistema sea fundamental para desarrollar un proceso de armonización del derecho en el continente, o en áreas mas limitadas de él (Pacto Andino; Mercosur). Testimonio de trascendente nivel de este proceso son ya los esfuerzos científicamente rigurosos que la doctrina latinoamericana viene elaborando con 'códigos tipo', que justo de los principios generales del derecho, y particularmente del derecho latinoamericano vienen con fuerza y se encuentran arraigados en el continente [40].

d. **en las relaciones entre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.** La individualidad del sistema además, exige instrumentos científicos y dogmáticos que favorecen la resistencia de los principios que lo caracterizan. Mayor resistencia de estos principios significa también mayor disposición de estos hacia un más general aprovechamiento en las relaciones, en la comparación, en las recíprocas interferencias, en los choques entre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.

Los países de América Latina tienen, en su derecho, un patrimonio de experiencia jurídica siempre a perfeccionar, pero también de proponer en el contexto de la globalización de las relaciones en el umbral del tercer milenio porque también a ellos pertenece la vocación universalística de este derecho que nace con la fundación de Roma "en leyes" (D. 1, 2, 2, 4); ha sido codificado para todos los hombres por Justiniano; con el 'descubrimiento' del 'nuevo mundo' retoma su impulso de apertura; con la Independencia se toma como propio por estos países.

---

(39) Cfr. F.W. v. RAUCHTHAUPT, *Vergleich -und Angleichbarkeit der Recht Sud- und Mittelamericas,* en *Rabels' Zeifschrift,* 20, 1955, 121, ss.; con referencia al derecho de las obligaciones R. OZORES L. RODRIGUEZ ARRAS, P. PINZON y A. PEREZ VIVES, I. A. NORIEGA Jr., R. SOTELA MONTAÑE, en *Estudio sobre unificación del derecho de obligaciones,* Panamá, 1968, M. ROTONDI, I. WINIZKY, F. FUEYO LANERI, Y MELICH ORSINI, M. BOFFI BOGGERO, T. POPESCU, en *Rev. Fac. Derecho (Univ. Cental de Venezuela)* 39, 1968, 9 ss.; 41, 1968, 9 ss.; 46, 1970, 105 ss. y 149 ss.; 48, 1971, 9 ss.; 50, 1971, 9 ss.

(40) Cfr. (F. GRISOLIA, coord.), *Código Penal tipo para latinoamérica. Parte General,* 3 vol., Santiago, 1973; *Texto del anteproyecto del código tributario interamericano,* Rosario, 1982, E. Véscovi, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano,* México, 1978; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Anteproyecto de Código procesal civil modelo para Iberoamérica,* Montevideo, 1988; (S. SCHIPANI, R. VACCARELA, coord.), *Un "Codice tipo" di procedura civile per l'America Latina, Atti Congresso Roma 1988,* Padova, 1990; S. SCHIPANI, *Intervención,* y A. GELSI BIDART, *Código Tipo y reforma del proceso en América Latina; entre derecho común o uniforme,* ibid., 6 ss.; 41 ss.; (G. PERONE-S. SCHIPANI, coord.), *Principi per un 'Codice tipo' di diritto del lavoro per l'American Latina,* Padova, 1993; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Anteproyecto de Código Procesal penal modelo para Iberoamérica,* Buenos Aires, 1991; (M. MASSA- S. SCHIPANI, coord.), *Un "codice tipo' di procedura penale per l'America Latina. Atti Congresso Roma 1992,* Padova, 1994; A. A. V.V., *Principios para un "Código Tipo" de derecho de las personas para América Latina,* Bogotá, (en curso de publicación).

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

Un edicto del 6/4/1902 del emperador de la China, Guanxu, dispuso: "Los contrastes en las relaciones comerciales en curso presentan problemas siempre mas numerosos. Enviemos Shen Jiaben y Wu Tingfang para que examinen las leyes de los países extranjeros, investiguen y estudien con cuidado todas las leyes y las disposiciones convenientes para ser tomadas en consideración y que siendo aceptadas de parte de la China así como de parte extranjera puedan regular las controversias de manera mas agil". Con base en esto el jurista chino Wu Tingfang viajo a Inglaterra, América del norte, España y Perú y a su regreso fue nombrado Ministro para la revisión de las leyes [41]. No me detengo sobre los posteriores sucesos que han hecho que el derecho en la República Popular China pertenezca, de manera del todo original, al sistema jurídico romanista, y está tratando de adquirir de manera acelerada las mejores soluciones que del sistema romanista puedan ser aprovechadas [42]. Este es tal vez, uno de los mayores enfrentamientos actuales entre los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, pero no es menor la importancia de lo que sucede en Puerto Rico que todos nos preguntamos si no es similar a lo ocurrido con lo que sucede en las Filipinas [43].

El universalismo del sistema romanista, aún tan parcial en su realización, no puede sustraerse a la historia, con sus divisiones y contrastes. El no puede tampoco sustraerse a la instrucción dada por Justiniano a sus Juristas: "juzgueis lo que es mejor y más equitativo" (Const. Deo Auct., 5-6) [44], que tiene como parámetro el principio que: "todo el derecho ha sido constituido por causa de los hombres" (D. 1, 5, 2), y como base la contribución de todos (Const. Tanta: 12-16): los latinoamericanos, el sistema latinoamericano no puede sustraerse a prestar esta contribución, y puede tener más participación solo cuanto más desarrolla su individualidad.

C. Utilidad de incluir expresamente la referencia a los "principios del derecho latinoamericano". En relación a esta norma y a la referencia a los principios generales del derecho, considero, por lo tanto, que incluir la formulación explícita de lo que había sido ya acogido e in-

---

(41) Cfr. MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, en *Index*, 19, 1991, 347.

(42) Cfr. JIAN PING. *La postura de la China popular con respecto a la cultura jurídica romana*, en *Ars Juris*, 25 , 1992, México, 309 ss.; MI JIAN, *diritto cinese* cit., 343 ss.; S. SCHIPIANI, *Derecho Romano en China. Un centro de estudios de derecho romano en Pekin*, en *Homenaje a la Hinestrosa*, 2. Bogotá 1994, 549 ss.

(43) Cfr. C. DELGADO CINTRÓN, *Derecho y colonialismo, la trayectoria histórica del derecho puertorriqueño. Ensayos*, Rio Piedras, 1988; J. Tías Monge. *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico*, Ed. Butterwoth, 1991.

(44) Cfr. S. SCHIPANI, *Los códigos* cit.; 37 y n. 18; Idem, *Il diritto romano nel 'Nuovo Mondo', en Il diritto dei nuovi mondi. Congresso. Genova, 1992.* Padova, 1994. 55 ss.

troducir la referencia a los "principios del derecho latinoamericano": sea el modo de perfeccionar el paso cumplido por el legislador peruano hace diez años. Considero que esto esté de conformidad al art. 139-8 de la Constitución del Perú de 1993, y a la interpretación sistemática en general de ésta en sus diversas normas que se inspiran en distintos principios del sistema latinoamericano, que en esta encuentran materialización y expresión.

Este mérito del codificador peruano, de haber surgido por primera vez en una disposición codificada esta nota, preexistente y tan significativa ha sido reconocido por ej. por la doctrina argentina: Las XI Jornadas Nacionales (Argentina) de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987) han aprobado a la unanimidad las conclusiones de la Comisión 9: "(I) Los códigos civiles latinoamericanos imponen a los principios generales del derecho como pautas integradoras o interpretativas de las leyes (...) El código civil peruano hace también un primer paso hacia la identificación del derecho de los pueblos latinoamericanos (...) (IV). Basándonos en lo expuesto, recomendamos que, al reformarse el art. 16 del código civil, sea redactado de la siguiente manera: "Si el caso no pudiera ser resuelto por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta (...) los principios generales del derecho y preferentemente del sistema jurídico latinoamericano, conforme a las circunstancias del caso". La misma doctrina argentina, que está viviendo la experiencia de los desarrollos del Mercosur, en las sucesivas XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993), ha enfrentado el tema de la unificación del derecho, y reiterado la recomendación de modificar de la manera ya mencionada el texto del art. 16 del Cc. Arg., incluyendo exactamente la referencia a los "principios del sistema jurídico latinoamericano" como factor de armonización/unificación que el derecho confía a la doctrina.

Ha observado J.L. de los Mozos, en un escrito suyo, exactamente, "el concepto de principios generales del derecho no ha cambiado (...) ni puede cambiarles el legislador, porque se trata de una categoría 'anterior' a la norma concreta, y se halla arraigado en nuestra tradición jurídica" [(45)]. El sistema jurídico latinoamericano, los principios de este son en efecto una realidad específica al interior del sistema romanista, reconocida, como arriba lo he señalado, de la ciencia del derecho, y el legislador no puede modificarlo, sino reconocerlo.

Sin embargo, tal reconocimiento es importante.

No se trata de saber ahora si será primero el legislador argentino o aquel peruano, o cualquier otro (pienso p. ej. al brasileño que está revisando la Lei de introduçao de su Código) a incorporar en el código la refe-

(45) J.C. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil* cif. 502.

rencia a los "principios del derecho latinoamericano", sino más bien que, si aún sin tal incorporación dichos principios existen, y están vigentes, de la misma manera, la incorporación de la clara remisión a éstos es importante, para el incremento de la estabilidad y la certeza que el poder del legislador confiere a la autoridad de los resultados de la ciencia, y por la evidencia en el enfrentamiento a lo que es ajeno al sistema.

3. EL 'VALOR INFORMADOR' DE LOS PRINCIPIOS EN RELACION CON EL ORDENAMIENTO

Es mérito de la citada reforma/1973 del Cc. Esp. haber codificado cuanto la doctrina admite en líneas generales en relación al rol de los "principios" no sólo de integración del complejo de las disposiciones establecidas por los poderes que participan en la función legislativa en sentido lato, sino de la misma manera de orientación de la interpretación, dado que éstos dan forma general al ordenamiento.

El legislador peruano de 1984 tal vez manifiesta una especial atención al rol de los principios en relación a la interpretación de leyes existentes, cuando habla no sólo de "deficiencia" de la ley, como también en su "defecto" [(46)].

En cualquier caso, considero muy útil clarificar mejor y que sea codificado este criterio, como está presentado con la proposición: "Los principios orientan la interpretación que el juez hace de la legislación". Esto es para estimular la interpretación a dar cuenta de la coherencia del sistema, sobre todo en situaciones de posibles interpretaciones dobles o múltiples que aparezcan a través del simple análisis del contenido del texto de la norma. En suma, y sin poder desarrollar de forma adecuada aquí y ahora el tema: se trata de codificar las fundamentales reglas clásicas: D. 1, 3, 24: Celsus, lib. 9 Dig.: **incivile est nisi tota lege perspeccta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere**/"Es incivil juzgar o responder en vista de alguna parte pequeña de la ley, sin haber examinado atentamente toda la ley"; D. 1, 3, 17: Celsus, lib. 26 dig.; **scire leges non hoc et verba eorum tenere, sed vim ac potestatem**/'Saber las leye no es esto, aprehender sus palabras, sino su fuerza y su potestad"; D. 1, 3, 19; Celsus, lib. 33 Dig.: **in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, paesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi potest**/"En una palabra ambigua de la ley se ha de admitir preferentemente aquella significación, que carece de defecto, principalmente cuando también pueda colegirse por este medio la voluntad de la ley"; y codificarlas con una reformulación adaptada y enriquecida por los influjos de un más explícito discurso sistemático).

(46) Cfr. M. RUBIO CORREA, *Título preliminar* cit., 140 s.; J. Monroy Gálvez, *La función* cit.,

4. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA PROPUESTA RELATIVA A LA COSTUMBRE Y AL DERECHO CONSUETUDINARIO

A. No es posible aquí emprender un discurso general sobre la costumbre [47]. Una consideración de ésta, que explique de modo sistemático y exhaustivo todo lo referente a ella contenido en el sistema romanista es también evitada por el texto del Cc./1984 [48], y por las actuales propuestas. Lo considero oportuno,, porque no es todavía bastante madura. Sólo deseo dejar en evidencia que la propuesta que estoy examinando y presentando, distingue netamente dos tipos de consideraciones de la costumbre, y aún de costumbres, en relación al ámbito territorial y personal en el cual se forma, siguiendo en esto el dictado constitucional que individualiza un "derecho consuetudinario" con relación a "las Comunidades Campesinas y Nativas" (art. 149).

B. El uso de la costumbre para integrar la ley tiene una extensa base: cfr. Cc.Arg/1871, art. 17 Ley 17.711 (más restrictivo el texto originario, en el cual Vélez se funda sobre Nov. Rec. 3, 2, 3 y 11 "que derogaron las leyes romanas y la part. 1, 2, 4 y 6"); CcBras./1917, art. 4to. que, en el limitarse a solicitar una ley para la revocación o derogación de una ley, no excluye ni la costumbre **secundum legem**, ni aquella **praeter legem** [49]; lo mismo se puede resaltar para el CcCR/1886, art. 12; CcVen/1942 art. 7mo.; también para el CcCol/1887, art. 8vo. mientras más explícita es la sucesiva formulación de la ley 153/1887 art. 4-8, que fue después acogida por el CcPan/1917, art. 13: "Cuando no haya ley exactamente aplicable ... se aplicarán ... las reglas generales de derecho, y la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana" [50].

---

(47) Cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto,* Torino, 1993; A. HERNANDEZ GIL y E. ZULETA PUCEIRO, *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana,* Madrid, 1976; V. TAU ANZOATEGUI, *La costumbre en el Código Civil Argentino: las páginas críticas de Manuél A. Sáez (1883), en Dalmacio Vélez Sarsfield* cit., 209 ss., A. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho Argentino, 1, Parte general,* Buenos Aires, 1986, 239 ss.; A. de AVILA MARTE-B. BRAVO LIRA, *Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano*, en *RChHD*, Santiago, 10, 1984; F. VIDAL RAMIREZ, *Introducción* cit., 146 ss.

(48) Cfr. la aguda observación de A. GUZMAN BRITO, *Las Fuentes del Derecho en el nuevo Código Civil peruano, en El Código Civil peruano* cit., 71 ss. que puntualmente realiza el art. 7 remite a la "norma" y no a la "ley" y por lo tanto prevé aún el uso de normas no contenidas en las leyes, por lo tanto implícitamente contempla aún el uso de normas consuetudinarias. Era conocida la propuesta de A. BELLO, favorable a la completa admisión de la costumbre, Pyto. 1853 art. 2 (cfr. M. RUBIO CORREA, *Los títulos* cit., 173); a ella había llegado con un cambio respecto al Pyto. 1841-45 y da fundamento de esta ante todo el famoso textos de GIULIANO D. 1, 3, 32, 1, después D. 1, 3, 35 y 36; siete part. 1, 2, 5.

(49) Cfr. *Código Civil dos E.U.B. Ediçao Histórica,* comentada por C. BEVILAQUA, al art. 4to. N. 2.

(50) Cfr. M. RUBIO CORREA, *Título Preliminar* cit., 176 ss.; Idem, *Los Títulos* cif., 172 ss.

C. Haber adjuntado la costumbre a los principios aún en la norma correspondiente a la función orientativa de estos para la interpretaciónn (supra par,3), se funda sobre la regla clásica de Paolo: *optima enim est legum interpres consuetudo*/"porque la costumbre es el mejor intérprete de las leyes" (D. 1,3,37).

Para este acercamiento de "principios gènerales del derecho" y "costumbre" en el mismo artículo existe pues una base específica, porque ambas fuentes no son una explicación de la actividad de poderes del estado; además, remiten, en formas distintas, a la ciencia del derecho y su rol; no obstante, no hay que olvidar los distintos fundamentos y ámbitos, que por la costumbre es la "voluntad del pueblo" que se manifiesta "con las mismas cosas y los hechos" (D. 1, 3, 32, 1), mientras que los principios expresan e 'informan' todo el sistema. No es esta ciertamente, la sede para debatir este tema, que sin embargo considero meritorio de ser señalado; este emerge también en relación al último punto en el cual me detengo brevemente.

D. Más nuevo es cuanto previsto del segundo coma del art. propuesto.

La norma del art. 149 Cost./1993 [51] desarrolla tendencias análogas a aquellas de otros países (es. Cost. Col./1991, art. 246 ss.) [52]. Tales normas parecen partir del presupuesto de una relación de las poblaciones a las cuales se refieren con el territorio análoga a aquella de los estados modernos; es decir, presuponen la 'territorialidad' de las 'costumbres' para aplicar, y/o de la jurisdicción a ejercer. No se puede omitir la mención de dudas acerca de esta 'territorialidad'.

Sin embargo, prescindiendo de estas dudas, hay que subrayar que esta norma desde un lado abre la puerta a los típicos ordenes de problemas que vienen habitualmente regulados entre ordenamientos estatales por el Derecho internacional privado; de otro lado, se debe agregar que los tipos de actos y de relaciones que se encuentran reglamentadas por tales "derechos consuetudinarios" constituyen un ámbito mas circunscrito que aquel practicado actualmente también por muchas de las personas de estas co-

(51) Art. 149: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".
Sobre esta propuesta, cfr. F. de TRAZEGNIES GRANDA, *El derecho consuetudinario: una propuesta al CCD*, en *El Comercio*, Lima 5/2/1993

(52) Art. 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes de la República. La ley establecerá las normas de coordinacón de ésta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".
Para una interpretación restrictiva del límite de las leyes cfr.

munidades, y que por tanto los derechos consuetudinarios vendrán a ser integrados por el otro derecho también en tales territorios.

En tercer lugar, me parece que entre personas de tales territorios los respectivos "derechos consuetudinarios" deben poder valer también fuera de los mismos, y sea útil admitir una cierta medida de 'personalidad del derecho' más amplia de la habitualmente ya aceptada por el Dip. mismo (53). Puesto que parece no existir un cuerpo de normas que articulen los principios sobre este punto y que sean codificables, parece necesario, con una norma de ley ordinaria que cumpla lo que el art. 149 Cost. remite a la ley, remitir a los "principios generales del derecho latinoamericano" la función de guiar la lenta estabilización consuetudinaria de las soluciones que vendrán elaboradas en la vida cotidiana. Y la doctrina, que, en nuestro sistema, es llamada al **ius cottidie in melius producit** "diariamente mejorar el derecho" (D. 1, 2, 2, 13), con base en estos principios, escavando en la rica y articulada experiencia en ellos incluida, deberá atentamente evaluar y guiar por lo tanto con su **auctoritas**, y con el consentimiento que esta debe recoger, la práctica.

(Trad. Abogado Giovanni Guacci)

(53) Sobre el principio de personalidad del derecho, cfr. A. LEVAGGI, *Manual* cit., 275 ss.; A. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del derecho Español,* i. *El origen y la evolución del derecho, pág. 463 ss.;* F. CALASSO, *Medioevo del diritto,* 1, Milano, 1954. La doctrina estatutaria es labase del Dip., donde, no obstante la afirmación del principio *locus regit actus*, hay múltiples presencias del principio de la personalidad: cfr. H. VALLADAO, *Direito* cit.

EL APORTE PERSONALISTA DEL CODIGO CIVIL PERUANO

Víctor Pérez Vargas
Universidad de Costa Rica

INTRODUCCION

Agradezco a la Comisión Organizadora haberme invitado a participar una vez más en otro histórico encuentro limeño conformador, como los anteriores, de nuestra identidad cultural latinoamericana. Es un honor, igualmente, compartir el podio con lo grandes continuadores y renovadores de la tradición romana en el siglo XX.

Es el momento de rendir un breve homenaje a los promotores iniciales que instalaron sus trabajos en julio de 1965 y después de casi veinte años de esfuerzo sostenido coronaron su obra cuando fue promulgado el Código Civil en 1984 (mediante Decreto Legislativo número 295) [1].

Entre ellos debo destacar al promotor principal del proyecto, desde el Ministerio de Justicia, el propio Carlos Fernández Sessarego, quien luego se unió a los trabajos de la Comisión y quien ha contribuido al despertar de inquietudes [2] entre las nuevas generaciones, iluminando con su filosofía personalista y tridimensional el mismo sistema latinoamericano.

Es el momento de rendir también un profundo reconocimiento a los grandes juristas peruanos (cuyos nombres no menciono para no ser omiso) que en la reciente década han provocado todo un hervidero, una ebullición y una revolución jurídica en las nuevas generaciones de juristas, de las que debo mencionar especialmente a Yuri Vega Mere, Juan Espinoza Espinoza, Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, Luz Monge, Lucía Lanyi, Eduardo Seminario Stulpa y Alberto Loayza Lazo, quienes junto con los maestros de siempre, han logrado ya un reconocimiento internacional. La producción jurídica peruana de estas décadas supera en mucho (en calidad y cantidad) todo lo que antes conocíamos de esta nación.

---

(1) Sobre la Codificación en Perú v. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano", Cultural Cuzco, Editores, Lima, 1990. pág. 24 y el excelente prólogo de VIDAL, Fernando al Código Civil, Edición del Ministerio de Justicia, Lima, 1994.

(2) Así lo reconocen sus discípulos. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Estudios de Derecho de las Personas", Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Lima, 1990, Prólogo.

También es éste momento oportuno para que los "padrinos de bautismo", como nos llamó hace algunos años a varios de los presentes el querido amigo Carlos Fernández Sessarego, meditemos acerca de los grandes aportes y, en particular, sobre el salto axiológico cualitativo que ha dado con este monumento jurídico el mismo sistema Latinoamericano, ya que el Código Peruano ha iluminado con su doctrina personalista todo el Derecho Civil Latinoamericano.

Esta es una oportunidad también para que, como se nos ha solicitado al invitársenos, brindemos nuestras opiniones y observaciones sobre el Anteproyecto de enmiendas, actualmente en discusión, de modo que podamos contribuir en algo en este loable proceso de revisión, que será, por sus consecuencias, revisión del sistema.

Con esta exposición intento una valoración global de los aportes del nuevo Código Civil Peruano, al sistema jurídico latinoamericano, en relación con los siguientes aspectos: 1) la posición jurídica del concebido como persona de conformidad con la Convención de Derechos del Niño, 2) las llamadas capacidad de goce y de ejercicio, 3) el daño a la persona, 4) la acción inhibitoria, 5) el abuso del derecho y 6) los nuevos valores de la personalidad, en particular el derecho a la identidad que se encuentra en la misma Convención Americana de Derechos Humanos.

NUESTRO SISTEMA

Los juristas latinoamericanos podemos entendernos porque nuestros lenguajes jurídicos y nuestros valores de tradición romana son compartidos en todos nuestros países. Conformamos, en verdad, un sistema, sistema unitario formal y sustancialmente (conceptual y axiológicamente), desde el punto de vista del Derecho Comparado [(3)], sistema que es dinámico y en el que encontramos una continuidad histórica [(4)], que en nuestro caso concreto se ejemplifica con la serie de congresos de juristas de ordenamientos que son parte del subsistema latinoamericano, como los recientes de Lima y Bogotá [(5)].

La Comisión de "Personas" del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica, tomando en consideración tal perspectiva romanista estableció en sus conclusiones:

> "... se recomienda profundizar la herencia cultural común de que somos partícipes, como la clave justificante de la comunidad terminológica y axiológica capaz de facilitar la comprensión de una unidad que es realidad histórica".

(3) V. SCHIPANI, Sandro, Discurso, en "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano", págs. 14 y 17.

(4) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "Tendencias ...", pág. 34.

(5) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "Tendencias ...", pág. 57.

EL APORTE PERSONALISTA DEL CC PERUANO

Tras décadas de estancamiento legislativo del Derecho Privado en América Latina, el nuevo Código ha reivindicado el Derecho Civil como ejemplar estructura legislativa en favor de la persona y de sus cualidades esenciales

Muchos juristas extranjeros han elogiado la contribución del CC de Perú [(6)] y los propios juristas peruanos consideran que el mejor aporte del CC peruano es el Libro de las Personas [(7)]. Este Libro, como buena parte del Código, se sustenta en el personalismo de Carlos Fernández Sessarego [(8)], una filosofía donde la persona es vista como ser único e irreemplazable, trascendente y libre, capaz de identidad y sociabilidad, de intimidad y de comunión, de despliegue y recogimiento y de asumir responsablemente el compromiso de su propio proyecto de vida.

En mi criterio, el gran valor del Código Civil peruano es su contribución a la integración de nuestros pueblos sobre una base axiológica personalista [(9)].

LA PROYECCION DEL CC PERUANO

Proyección legislativa:

El Código Civil Peruano ha sido un faro legislativo en América Latina; su luz se manifiesta en proyectos de ley. Concretamente en Costa Rica se propuso, ante la Asamblea Legislativa, la acción inhibitoria siguiéndose los pasos del proyecto de Carlos Fernández Sessarego [(10)]. Lo mismo ha ocurrido en otros países de América Latina, como Argentina, donde se ha reconocido expresamente la influencia del Código peruano [(11)].

Igualmente, los proyectos de reforma al Libro de las Personas del Código Civil costarricense, que surgieron en el Congreso Jurídico Nacional de 1989, tuvieron como base la filosofía del Código Civil Peruano, además de la doctrina italiana.

---

(6) SCHIPANI, S. "Tendencias actuales...", pág. 15.

(7) ESPINOZA ESPINOZA Op. cit., Introducción

(8) ESPINOZA ESPINOZA Op. cit., Prólogo

(9) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "Tendencias...", pág. 18.

(10) EXPEDIENTE Nº 10830. PROYECTO REFORMAS A LOS ARTICULOS 22 Y 1023 DEL CODIGO CIVIL. Proyecto original presentado por el Dr. Gerardo Trejos, acogido para su trámite por el Diputado Javier Solís, con las modificaciones sugeridas por el Dr. Víctor Pérez Vargas.

(11) V. BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, Reformas al Código Civil, Proyecto y Notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 28.

Lo primero que se tuvo en cuenta fue el enfoque axiológico, para lo cual la Comisión se cuestionó acerca de los principios, valores y criterios que deberían permear la sistematización de una eventual legislación. Dentro de los planteamientos de principio debo recordar: la relevancia de la dignidad humana como criterio central, la consideración del ser humano, como el centro de todo el Código, de la persona, en su circunstancia y en su dimensión comunitaria, como eje y razón de ser de lo jurídico. Entre las proyecciones concretas, se recomendó el establecimiento de una acción sumaria inhibitoria del daño actual o potencial.

Otras proyecciones:

Este monumento legislativo no es sólo ejemplo para legisladores extranjeros; lo es, sin duda, pero, es más que eso: no es solamente un faro legislativo; su luz ha iluminado nuevas mentes, jurisprudencia, y ha generado nuevos cuestionamientos en otros países y, concretamente en el mío [(12)]. En realidad, se proyecta en todos los niveles de trabajo del jurista [(13)], en la doctrina, en las opiniones de los jueces y en la vida misma.

Proyección doctrinal:

El Código Civil peruano es un foco de luz doctrinal, que se proyecta no solamente en reformas civiles, sino en todo el Derecho Privado, incluido el Derecho Comercial y el llamado Derecho de la Libre Competencia, que no puede dejar de lado temas como el daño la persona del consumidor [(14)]; se proyecta, principalmente, en las mentes de los nuevos juristas, que en sus obras citan abundantemente la doctrina inspiradora de esta nueva legislación [(15)].

(12) No es la primera vez que el Derecho Peruano se proyecta en otros países. En Costa Rica el Código General de 1841 se inspiró en la codificación Perú Boliviana de 1836 según, comentan Alberto Brenes Córdoba y Carlos José Gutiérrez.

(13) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "Tendencias ...", pág. 21.

(14) V. en particular STIGLITZ, Gabriel A., "Protección jurídica del consumidor", Depalma, Buenos Aires, 1990, quien habla del "daño a la persona del consumidor", pág. 7 tamb.: VEGA ARIAS, Rigoberto, "Hacia una protección jurídica del consumidor", Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994.

(15) Véase por ejemplo, en Costa Rica, las tesis de grado de: BULGARELLI, Fiorella, "Libre Competencia y tutela del consumidor"; ZELEDON, Ana Karina, "Persona y Comunidad en el derecho privado"; VEGA, Ribogerto, "Hacia una protección del consumidor en los tratados de libre comercio que suscriba Costa Rica"; CASAFONT, Paola; AGUILAR, Irene, "La acción inhibitoria", etc., todas ellas inspiradas en la filosofía personalista de Carlos FERNANDEZ SESSAREGO.

Proyección jurisprudencial:

Se proyecta, también, en sentencias judiciales y resoluciones administrativas de orden inhibitorio, tales como prohibiciones municipales de industrias contaminantes.

Proyección en la vida:

Se proyecta, finalmente, en concretas discusiones sobre la valoración del daño a la persona, por ejemplo para la tutela plena de trabajadores bananeros esterilizados por el uso de NEMAGON, un pesticida que ya estaba prohibido en los Estados Unidos y que una empresa transnacional distribuyó en Costa Rica, discusión que ha trascendido nuestro propio sistema y se produce en estos momentos en tribunales de Texas USA.

OBSERVACIONES

Los cambios que han ocurrido en los últimos años, en valores, sobre todo con la afirmación universal de la dignidad humana; en tecnología (espacial, genética, informática, telemática) y en la propia terminología jurídica, obligan a esta revisión constante de las leyes.

Los juristas peruanos, demostrando su capacidad de apertura al cambio y una loable disposición a la perfectibilidad y al mejoramiento (rasgos de lo humano), han realizado varios esfuerzos, como lo demuestran los diversos seminarios nacionales e internacionales y la gran cantidad de nuevas obras jurídicas de primerísima calidad a las que he hecho referencia.

Hoy, sin embargo, los propio autores consideran que el nuevo Código requiere de una revisión y trabajan en ello. Con el propósito de aportar mis inquietudes en este proceso de constante renovación, que en gran medida siento mío, me permito realizar a continuación algunos comentarios:

LA PERSONA Y EL CONCEBIDO

Un claro avance del Código Civil Peruano es haber considerado al concebido como vida humana, pero la verdad es que no puedo dejar de considerar al concebido como persona.

El Código Civil peruano lleva razón en reconocer que la diferencia entre el ser humano concebido y el ser humano nacido tiene importancia técnico jurídica, así como la tiene la distinción entre menor y adulto, por ser el primero sujeto de tutela preferente, siendo ambos seres humanos iguales en dignidad esencial, en lo que se refiera a los valores fundamentales de sus respectivas personalidades (en particular, vida y salud).

Reconocer legislativamente un diverso régimen jurídico de dos tipos de seres humanos es importante, porque la clasificación no es un ejercicio mental sino que tiene implicaciones concretas en una diversidad de régimen jurídico de uno y otro tipo de ser humano; basta pensar en la diferencia entre el aborto y el homicidio en el Derecho penal [16] o en la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho de Menores.

Sin embargo, otro problema es el de la mejor denominación para estas categorías de sujetos, pero éste es un problema formal, una vez que estamos de acuerdo en dos cosas de fondo:

1. que el concebido **es un ser humano**, como lo es el niño o el adulto,
2. que la distinción entre ser humano concebido y ser humano nacido tiene sentido técnico jurídico por haber diversidad de régimen jurídico.

Si bien considero que se trata de una cuestión de nomenclatura, el problema "taxonómico" de la designación del ser humano concebido como sujeto o como persona nos lleva a consideraciones filosóficas y a otras relativas a las Convenciones Internacionales aprobadas y ratificadas por la mayoría de nuestros países.

Punto de vista filosófico

El concebido debe verse como persona, tanto con fundamento en la perspectiva escolástica de "sustancia racional de naturaleza espiritual" como, desde una perspectiva meramente biológica, como portador de una carga genética única y de posibilidades de desarrollo, como cualquier otro niño o adulto.

Tampoco desde el punto de vista del Personalismo de Mounier puede negarse que el concebido es una persona pues es una existencia encarnada [17] y, además, una existencia humana irrepetible [18], ya siendo y haciéndose, actualmente portadora de una eminente dignidad [19], ya titular actual de un impulso vital potencialmente capaz de llegar a trascender la naturaleza [20] y ya movimiento hacia la libertad, la comunicación con el mundo y hacia la comunión con el prójimo (no sólo con la madre) como lo prueban múltiples experimentos psicológicos. En síntesis, desde la perspectiva filosófica personalista el concebido es tan persona como el ser humano nacido.

---

(16) ESPINOZA ESPINOZA Op. cit., pág. 19, sin embargo es posible pensar en una diversa estructuración técnica de los tipos de sujetos jurídicos.

(17) MOUNIER, "El Personalismo", EUDEBA, Buenos Aires, 1962, pág. 16.

(18) MOUNIER, op. ult. cit. pág. 24.

(19) MOUNIER, op. ult. cit. pág. 40.

(20) MOIX, Candide, "El pensamiento de Emmanuel Mounier", Estela, Tortosa, 1964, pág. 128.

Fundamento Jurídico:

El fundamento jurídico de estas conclusiones se encuentra en la Convención de Derechos del Niño [21].

Desde un punto de vista lógico, analizando la Convención citada, el silogismo podría plantearse así:

Todo niño es persona
el concebido es un niño
el concebido es persona

Todo niño es persona:

La primera premisa resulta del Preámbulo que habla del "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

No hay duda que el concebido es "miembro de la familia humana".

El concebido es un niño:

La segunda premisa resulta confirmada también por el Preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño:

> "Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, "**el niño** por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida **protección legal, tanto antes como después del nacimiento**".

Aquí se habla nada menos que de la protección legal del niño antes del nacimiento. En otras palabras, el concebido es un niño no nacido.

"... la interpretación anterior está dentro del escrito de la misma (de la Convención) pues el Preámbulo, en el noveno párrafo, se expresa diciendo que "teniendo presente que, como se indica en la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida *protección legal, tanto antes como después del nacimiento*" [22].

El Artículo 1 expresa: "Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño **todo ser humano** menor de dieciocho años de edad ...".

---

(21) Ratificada por Costa Rica, Gaceta de 9 de agosto de 1990.

(22) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ponencia, Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia (octubre, 1990), Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, setiembre - diciembre, 1990, Vol. XXV, Nº 1, pág. 49.

La expresión "**todo ser humano**" incluye claramente a los nacidos y a los no nacidos. Ser humano es lo mismo que vida humana, en expresión del Código Civil.

El concebido es persona:

Si la Convención protege al niño como persona y si niño es todo ser humano nacido o antes de nacer (no sólo el ser humano nacido) menor de dieciocho años, la conclusión salta clara: el niño, nacido o por nacer, es una persona [(23)].

O sea: toda vida humana menor de dieciocho años es un niño y como todo niño es persona, con base en la igualdad fundamental de todos los miembros de la familia humana (a la que se refiere el citado Preámbulo) también el niño todavía no nacido es persona.

"... al emplearse el concepto de ser humano se está partiendo desde el concebido, como el niño no nacido... el ser humano, hombre, persona... todos estos conceptos se le aplican al concebido que es ya una vida humana distinta a los que lo engendraron" [(24)]. "El embrión es una nueva vida humana. Es distinto de la madre y del padre. Es alguien que ya es" [(25)].

En resumen:

Niño: todo ser humano menor de 18 años
¿no es acaso el concebido ser humano? "ser" ... "humano"...

"El niño no nacido es persona humana por su ser de sustancia individual de naturaleza espiritual. Esto significa que todo individuo es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser. La calidad de persona, no dependerá de la conducta que desarrolla en la vida... ni por el desarrollo y forma que tenga el embrión o el feto, pues éste ya tiene, desde la concepción su propia carga genética que le da su individualidad, es decir, su "ser humano" [(26)].

CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO O CAPACIDAD JURIDICA Y CAPACIDAD DE ACTUAR

Convendría superar la distinción tradicional de corte francés entre capacidad de goce y de ejercicio, por la más aceptable de "capacidad jurídica y capacidad de actuar".

---

(23) "... la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 44 Sesión, el 20 de noviembre de 1989... previene en su artículo primero que "para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad..." CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., Op. cit., pág. 49.

(24) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., Op. cit., pág. 49.

(25) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., Op. cit., pág. 50.

(26) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., Op. cit., págs. 49 y 50.

Esta distinción tradicional pone como fundamento, por un lado, el goce, y por otro, el ejercicio de los derechos.

Esta doctrina ha sido criticada porque:

1) tanto el goce como el ejercicio representan posiciones actuales, además de que el goce es un modo de ejercicio [(27)].
2) el goce y el ejercicio de los derechos no tienen relevancia en la distinción conceptual, puesto que la capacidad de actuar puede desarrollarse en ámbitos diversos al ejercicio de los derechos, como ocurre con la llamada capacidad para obligarse y con la capacidad penal [(28)].
3) la referencia a los derechos es limitada (goce de derechos, ejercicio de derechos), puesto que la capacidad, en cualquiera de sus dos formas, expresa una relación con múltiples situaciones jurídicas, como intereses legítimos, expectativas, potestades, etc. (además de los derechos subjetivos).

El derecho subjetivo ha de dejar de ser el centro del sistema, al pasarse de una perspectiva individualista a una perspectiva personalista y comunitaria.

VALORES DE LA PERSONALIDAD

Partimos de la consideración de que son diversas las situaciones jurídicas subjetivas y no solamente derechos subjetivos las que conforman el tema de los valores de la personalidad [(29)]. Los "derechos subjetivos", entendidos como "situaciones jurídicas de posibilidad axiológica de una conducta" no agotan el cuadro de los mecanismos de tutela de estos valores.

Una de las Conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional fue:

"... estamos frente a valores (y no meros derechos subjetivos) que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que, en algunos casos son poderes, en otros imposiciones, en otros prohibiciones, en otros potestades. No solamente a través de derechos individuales se realizan estos valores. Esta perspectiva ayudará a evitar los problemas que ha afrontado la doctrina, de la teoría de los "ius in se ipsum", para determinar tanto el objeto, como los caracteres de estas situaciones jurídicas. Es por tales motivos que resulta recomendable hablar de la "tutela civil de la persona" o de "valores de la personalidad", en lugar de hablarse

---

(27) Estas y otras críticas fueron formuladas por COVIELLO, cit. p. FALZEA, Angelo, Il Soggetto nel Sistema dei fenomeni giuridici, Giuffré-ed, Milano, 1939, pág. 86.

(28) FALZEA, Angelo, Capacitá, Voci di Teoria Generale del Diritto, Giuffré-ed, Milano, 1970, p. 89. También en Enciclopedia del Diritto.

(29) Coincide ESPINOZA ESPINOZA, Op. cit., pág. 99.

de derechos de la personalidad o de derechos de la persona" (30).

LA ACCION INHIBITORIA

Este es uno de los grandes aportes del Código Civil peruano.

Se trata de proteger sobre todo a la persona, en forma general; de permitirle a cualquier interesado (titular de un interés merecedor de tutela jurídica) que se pueda ver afectado, o vea afectadas sus cosas o su ambiente, solicitar la intervención judicial.

En relación con el daño a la salud debe programarse como lo ha pedido Busnelli, una estrategia de defensa a ultranza contra cualquier iniciativa hostil, venga de quien venga ... para evitar que por razones económicas se justifiquen estos daños, lo que revelaría una peligrosa impotencia del sistema para hacer frente a su propia supervivencia.

En relación con el daño al ambiente, que es también daño a la comunidad de personas y al planeta entero (31), no bastan las soluciones jurídicas tradicionales, sino que es necesario un tratamiento especial (por su número, irreversibilidad y gravedad). En esta materia, el esquema de la responsabilidad civil tradicional ha caído en desuso, no solamente porque ahora se trata de prevenir y evitar el daño, más que de repararlo económicamente, sino principalmente porque hay perjuicios que no son negociables, en los que la compensación económica no compensa realmente el perjuicio.

Se trata de contrarrestar también el temor de los jueces frente a las responsabilidades civiles que se les puedan imputar por sus actuaciones, así como otorgarles un camino procesal; la idea es facilitar la prevención o eliminación de todo daño a las personas, a las cosas o el ambiente, derivado del abuso de cualquier situación jurídica, no sólo, como antes se dijo, de derechos subjetivos.

Esto es lo que se ha llamado en otros ordenamientos "Acción inhibitoria" (porque inhibe el daño o el riesgo) o "Preventiva".

En la Asamblea Legislativa de Costa Rica se elaboró un proyecto, basado en la doctrina de Fernández Sessarego, en los siguientes términos:

> "El Juez, a solicitud del potencial o actual afectado, del grupo representativo de intereses difusos interesado, o del ente público correspondiente, puede ordenar sea la cesación de un hecho o con-

(30) Estas fueron conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica.

(31) Aída Kemelmaje de Carlucci ha dicho: "La contaminación es un problema de todo el globo terráqueo..." KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La responsabilidad civil por daño ambiental". Separata de los Anales del cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1991, pág. 173.

ducta susceptibles de causar daño a las personas o a las cosas o al ambiente, o la paralización de la actividad generadora del daño, mediante el trámite de los interdictos, o si fuere urgente mediante resolución especial motivada, sin responsabilidad para él, siempre que se le acredite en forma verosímil la posibilidad y realidad del uso extralimitado de cualquier situación jurídica y siempre que sus medidas sean correspondientes al riesgo".

NUEVOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si bien es cierto que el CC Peruano incluye nuevas formas de tutela de las manifestaciones de la personalidad, como el caso del derecho a la voz, conviene, en opinión de los propios autores, realizar una ampliación de la lista de los llamados derechos de la persona.

Debe agregarse, por ejemplo, como valor fundamental de la personalidad "la salud", trascendiendo así la perspectiva tradicional de la "integridad física".

En particular, el caso del derecho a la identidad es ejemplar [(32)].

Es la mejor doctrina jurídica impregnada de la filosofía personalista la que ha redescubierto al hombre como ser libre, en su radical dimensión única y personal.

El derecho a la identidad es el derecho fundamental al propio modo de ser, verdadera expresión de la libertad en su afirmación dinámica diaria, como lo enseña el maestro Fernández Sessarego; **un derecho a la singular forma de ser de cada persona,** que no se reduce a un etiquetamiento formalista y fosilizante ("labeling"), mediante los esquemas fijos tradicionales relativos al estado civil, al sexo, a la edad, etc., sino que trasciende la forma para referirse a la globalidad del ser humano, en las expresiones más genuinas de su personalidad, en la realización cotidiana de sus valores.

Los pactos internacionales de Derechos Humanos suelen afirmar un derecho de todo hombre al reconocimiento de **su** personalidad.

Concretamente, el Pacto de San José, o Tratado Interamericano de Derechos Humanos, establece, con fuerza superior a la misma Ley, que "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de **su** personalidad jurídica", al reconocimiento de **su** ser de persona, que no puede verse simplemente como punto formal de atribución normativo, sino que implica el reconocimiento de una dimensión existencial, real, dinámica, cambiante, pero unificada y singular.

---

(32) V. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos "El derecho a la identidad personal" en "Tendencias...", ya cit., pág. 96.

Tradicionalmente esto ha sido interpretado como el derecho de todo ser humano de ser reconocido como sujeto en el mundo del derecho, pero hay algo más.

El interés fundamental que está en la base de mi derecho a la identidad **no es sólo de que se me reconozca personalidad jurídica (en general), sino, como lo dice el citado Pacto Interamericano de Derechos Humanos, es a que se reconozca mi personalidad jurídica.**

Esta disposición no puede verse simplemente como un derecho al reconocimiento formal, sino como la afirmación de un derecho de cada ser humano a **su** propia y única personalidad, a **su** propia identidad como persona.

"... En lo que concierne a la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, es imposible negar la presencia de un interés existencial que, vinculado con la dignidad de la persona, exige y requiere de adecuada protección jurídica" [33].

EL DAÑO A LA PERSONA

He observado con preocupación que el art. 1985 no ha sido reformado todavía.

Esta es la oportunidad histórica para que se realice una justificada intención, de nuevo de Carlos Fernández Sessarego, la adecuada sistematización del daño a la persona, el tratamiento sistemático del daño a la persona en el Libro Primero del Código Civil [34], que está metido por "la cocina" en expresión suya.

EL ABUSO DE LAS SITUACIONES JURIDICAS

Debo referirme también al artículo II del Título Preliminar (reformado):

Por muchos años el "derecho" (entendido como derecho subjetivo) era el centro del universo jurídico; hoy la doctrina sabe que hay muchas otras situaciones jurídicas que no son derechos.

Junto a los derechos tenemos los poderes, las potestades (como la patria potestad que es poder y deber al mismo tiempo; o sea no es un derecho; o como la potestad tributaria), cargas (como las cargas de avisar la ocurrencia de un siniestro en materia de seguros), derechos potestativos (como el derecho del cónyuge inocente de demandar al culpable por divor-

(33) FERNANDEZ SESSAREGO, en "El derecho a la identidad personal", en "Tendencias...", pág. 198.

(34) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, en "El daño a la persona en el Código civil peruano y el Código civil italiano", Ponencia, Congreso de Lima, editores, 1986, págs. 35 y 36.

cio); intereses legítimos (como el del no adjudicatario de una licitación donde ha habido desviación de poder), etc. ... o sea junto a los derechos hay otras situaciones jurídicas.

No solamente existen los derechos; no solamente de los derechos es posible abusar; se puede abusar de cualquier situación jurídica (abusar de la patria potestad, abusar de la acción en el proceso, abusar en las potestades públicas, incluso se da el abuso en las llamadas cláusulas leoninas en las cláusulas generales de la contratación, en los contratos de adhesión y en los contratos tipo, etc.). El abuso se realiza, precisamente, **mediante el ejercicio** (AB-USO: FUERA DE SU **USO**, o sea fuera de su **uso** normal, lícito) de las situaciones jurídicas.

Anteriormente, el Código Civil peruano hablaba de "el abuso del derecho"; ahora, con el texto reformado, se habla del abuso en el ejercicio activo u omisivo **de un derecho**. Hay en esto una grave involución.

El abuso del Derecho: debe, en un sentido amplio, como lo acepta Juan Espinoza, entenderse como abuso de diversas situaciones jurídicas: intereses legítimos, expectativas, potestades, cargas y otras, de las que es posible abusar también, pero cuando la ley habla de **un derecho**, se refiere claramente al derecho subjetivo y no a otras situaciones jurídicas y esto es una limitación que tiene el Código.

Bastaría expresar: "La ley no ampara el abuso de las situaciones jurídicas".

CONCLUSIONES:

Resumo mi exposición en lo siguiente:

A. Debo reconocer los siguientes méritos al tratamiento personalista del derecho privado que hace el Código Civil peruano:
   a. La consideración del concebido como ser humano.
   b. La afirmación de nuevos derechos de la persona.
   c. La introducción de la acción inhibitoria.
   ch. La introducción del daño a la persona.

B. Me he permitido transmitir mis observaciones sobre lo siguiente:
   a. La consideración del concebido como persona física.
   b. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de actuar.
   c. La ampliación de la idea del abuso de un derecho a la de abuso de cualquier situación jurídica.

ch. El mejoramiento de la regulación de la acción inhibitoria y del daño a la persona según las enseñanzas originales de Fernández Sessarego.

Recuerdo que a Platón casi lo apedrean en la Magna Grecia cuando intentó sugerir reformas en la Corte del Tirano Dionisio de Siracusa, en la isla de Sicilia; al invitárseme como padrino de bautizmo a aportar mis observaciones en este Congreso, he corrido ese riesgo, pero mi propósito ha sido solamente contribuir en algo al mejoramiento de nuestro sistema, mediante la espontánea y sincera expresión de mis valores y pensamientos, también personalistas.

BIBLIOGRAFIA:

- BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, Reformas al Código Civil, Proyecto y Notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- CIFUENTES, Santos, Elementos de Derecho Civil, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ponencia. Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia (octubre, 1990), Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Septiembre - Diciembre, 1990, Nº 1. Vol. XXV, Nº 1.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Estudios de Derecho de las Personas, Consejo Nacional de Ciencia y tecnología, Lima, 1990.
- FALZEA, Angelo, Capacitá, Voci di Teoria Generale del Diritto, Giuffré-ed, Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo, Il Soggetto nel Sistema dei fenomeni Giuridici, Giuffré-ed, Milano, 1939.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las Personas, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano, Studium Editores, Lima, 1986 (2a. edición 1987).
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho y Persona, INESLA, Lima, 1990.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El daño a la persona en el Código Civil peruano y el Código Civil italiano de 1942, Ponencia, Congreso de Lima 1985, Cuzco, editores, 1986.

PERSONAS NATURALES: PROPUESTAS DE ENMIENDA

Yuri Vega Mere

Profesor de la Universidad de Lima

"El hombre no es su existencia, sino
que la existencia es suya..."

ZUBIRI

SUMARIO: 1. El Código actual y el sentido de las propuestas de enmienda. 2. Las materias abordadas en los trabajos de la Comisión. 3. La protección jurídica del concebido. Nasciturus y persona. 4. La identidad, la salud y demás derechos del ser humano. 5. La intimidad. 6. El daño a la persona. 7. El nombre. 8. El domicilio 9. Ideas conclusivas.

1. Como lo ha manifestado el Profesor Fernández Sessarego y también quien esto escribe [(1)], diez años constituyen tiempo suficiente para revisar críticamente un Código civil a fin de detectar sus aciertos y errores con el propósito de perfeccionarlo y, dado el inexorable avance de la ciencia y la tecnología, actualizarlo.

Sin embargo, es menester remarcar que la eventual reforma que se pueda proponer y, llegado el caso, introducir, no significa que en sólo una década el Código haya devenido obsoleto o inaplicable. Al contrario, gracias a los esfuerzos de sus autores y de la doctrina, abundante en comparación con la que se escribió en torno al derogado, el Código de 1984 sigue siendo admirado por la modernidad y humanismo de su contenido. Además -es bueno decirlo- no se puede negar que, precisamente por la escasa edad de la legislación, aún quedan instituciones que no han sido estudiadas satisfactoriamente, mientras que otras esperan el decantamiento de los intérpretes.

Resulta claro, entonces, que la filosofía que ha presidido los trabajos

---

(1) Vega Mere, Yuri *"Proyecto de modificaciones al Libro I del Código civil: Derecho de las Personas"*, en *ADSUM*, Revista Jurídica, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, Nº 6, Lima, 1992, pp. 69 ss; Ibidem, *"Los diez años del Código civil (Jurisprudencia en serio y en broma)"*, *en Cuadernos de Derecho*, Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Año III, Nº 4. Lima, 1994, pp. 52 ss.

realizados por los más de sesenta Profesores de Derecho civil convocados por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ha sido elaborar sólo las propuestas de enmienda necesarias para mantener el Código a tono con los tiempos que corren.

El debate al que darán pie, de otro lado, permitirá saber si algunas son imprescindibles o si, por el contrario, pueden dejarse -por ahora- de lado. E, igualmente, hará posible verificar si alguna reforma debe ser proyectada por haberse omitido involuntariamente.

Lo importante de este Congreso es que el juicio final que se obtendrá de estas horas de diálogo y lectura crítica del Código y de las propuestas elaboradas, será una hermosa lección para todo hombre de derecho, puesto que -si no lo ha hecho- advertirá que las leyes, como cualquier obra humana, están sometidas al paso y al peso de los años: a la inevitable dictadura del tiempo.

2. Por razones de distribución de roles y responsabilidades, me ha sido encomendada la explicación suscinta de las enmiendas sobre la Sección Primera del Libro I del Código civil (Personas naturales) que la Comisión ha formulado. La Comisión, que ha sido presidida por el Profesor Carlos Fernández Sessarego, ha estado integrada por Carlos Enrique Becerra Palomino, Javier de Belaúnde López de Romaña, Víctor Guevara Pezo, Alberto Loayza Lazo, Juan Morales Godo, Enrique Varsi Rospigliosi y Yuri Vega Mere, habiéndole también correspondido, a este último, la Secretaría de dicha Comisión.

Las propuestas de enmienda no son definitivas. Constituyen únicamente un punto de partida [(2)].

Al respecto, debo señalar que en materia de Personas naturales hemos redactado treintisiente (37) propuestas. No obstante, el tiempo asignado para la exposición no me permitirá abordar sino sólo algunas. Quizá las más importantes.

Sólo a manera de recuento indicaré que el proyecto ha abordado mejoras -muchas de ellas por razones de sistemática y otras, las menos, por cuestiones de redacción- que involucran a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 38, 61, 63, 64, 65, 66 y 68, algunos de los cuales han sufrido, inclusive -y por necesidad de mantener el orden en la numeración- un desdoblamiento (artículo bis, ter, etc.).

En este sentido, el proyecto ha tocado temas como el concebido, la per-

(2) Las enmiendas propuestas en materia de Personas naturales han sido íntegramente publicadas en *"Cuadernos de Derecho"*, Nº 3 (1993), pp. 88 a 99; y en *"Cuadernos de Derecho"*, Nº 4 (1994), pp. 96 a 100, Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

sona humana, el reconocimiento del embarazo o del parto, los derechos de la persona, genética y esterilización, trasplante de órganos, la libertad de someterse a un tratamiento médico, el derecho a la identidad, a la salud, el derecho a la intimidad, la protección de los documentos o comunicaciones, el derecho de autor, el daño a la persona, el nombre, el domicilio, la muerte (y la declaración de muerte presunta) y el reconocimiento de existencia.

En verdad, todas son trascendentes. En la redacción dada a las enmiendas proyectadas, además, ha sobresalido la ponderación de quienes han trabajado en ellas.

3. El Código civil de 1984 ha sido admirado por los aportes que ha incorporado en el Libro de Personas. Creo que la admiración no es gratuita. En alguna ocasión, el maestro León Barandiarán expresó que este Libro era la parte más novedosa y original del Código. Por ello, las enmiendas propuestas no alteran sino, al contrario, perfilan mejor las innovaciones que contiene.

Una de esas originalidades es, precisamente, el artículo 1 del Código, el mismo que, como lo advirtió Rescigno en 1985, ha dado un paso ulterior en la protección del concebido tanto en el área del sistema jurídico latinoamericano como frente a la codificación de la Europa continental [(3)]. Y es que el numeral en cuestión ha superado la tan criticada teoría de la ficción que todavía permanece alojada en grandes y viejos Códigos, y a la cual, paradójicamente, un grupo minoritario de juristas aún le encuentra sentido.

La codificación privada peruana nunca ha sido ajena al tema de la tutela del nasciturus. Este hecho viene demostrado por la circunstancia de que el Código civil de 1852, inspirado en la tradición castellana y en las Partidas, se pronunció sobre el tema, a pesar de que las fuentes que tuvieron a la vista los legisladores decimonónicos estaba fuertemente comprometida con la teoría de la ficción [(4)]. Lo que significa que, históricamente, nuestro Código de 1852 se adelantó (al menos en comparación con el Code Napoléon) a Teixeira de Freitas y a Vélez Sarsfield.

Como se sabe, el artículo 1 del Código de 1984 señala, en la parte que

---

(3) Cf. Rescigno, Pietro, *"Comentarios al Derecho de las Personas del nuevo Código civil peruano de 1984"*, en *"El Código civil peruano y el Sistema jurídico latinoamericano"*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pp. 240 ss. También Catalano ha señalado que el legislador peruano ha contribuido con el pensamiento ibérico, al concentrar la atención en el valor de la vida humana; Vid. su trabajo *"Los concedidos entre el Derecho romano y el derecho peruano" (A propósito del artículo I del Código civil peruano)"*, en *"El Código civil..."*, cit., p. 234.

(4) Así, el artículo 1 del Código civil de 1852 señalaba que: "El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer", mientras que el artículo 3 rezaba: "Al que está por nacer se le reputa vivo para todo lo que le favorece". Sobre sus alcances, Cf. Pacheco, Toribio, *"Tratado de Derecho Civil"*, I, Lima, Establecimiento tipográfico de Aurelio Alfaro y Ca., 1860, p. 73 ss. Cornejo, A. Gustavo, *"Comentarios al Código civil de 1852"*, Tomo I, Chiclayo, Dionisio Mendoza, Librería y Casa Editora, 1921, pp. 5 ss.; García Calderón y Landa, Francisco, *"Diccionа-*

76822

UNIVERSIDAD BIBLIOTECA DE LIMA

atañe al concebido, que: **"La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo".**

Como ha sido oportunamente explicado por Fernández Sessarego [5] el Código confiere calidad de sujeto de derecho al concebido. Calificación que, ciertamente, no le es atribuida por ningún otro Código en la legislación comparada. En la medida que la calidad de sujeto de derecho sólo puede ser adjudicada a un ser humano, el otorgarla al concebido implica reconocer que él es, indiscutiblemente, vida humana, a la que se considera, tan igual que a la persona física o jurídica, centro de imputación de derechos y deberes. Por ende, sujeto de tutela.

Lo novedoso del Código civil peruano viene dado por la protección directa, actual e incondicionada del ser del concebido, sin necesidad de recurrir a la ficción de reputarlo persona, que es una fase futura de su existencia pero que aún, ontológicamente, no le corresponde durante el tramo de vida intrauterina.

La teoría de la ficción, como es obvio, es falsa y contradictoria. Protege al concebido partiendo de la irrealidad al reputarlo nacido y, cuando nace, le exige que nazca vivo, olvidando que si ha salido del vientre materno no es más *nasciturus* sino persona.

El artículo 1 de nuestro Código realizó, de ese modo, un salto de calidad, al tutelar al concebido por lo qué es.

Además, el Código no condiciona la atribución de los derechos extrapatrimoniales, los cuales le son reconocidos de acuerdo a la fase de existencia por la que atraviesa. No existe condición suspensiva alguna. El concebido goza de manera actual de dichos derechos. La tutela que le dispensa el ordenamiento no es instrumental, es decir, momentánea o provisoria hasta que llegue a ser persona. La protección es directa y sin condicionamientos.

La tutela brindada podría dar pie a especulaciones sobre si el concebido goza de capacidad o si esa capacidad es "provisoria", "anticipada", "especial", "limitada" [6], etc. Sin embargo, más allá de las discusiones que

---

rio de la Legislación Peruana", 2da. edición, Paris, 1879, p. 240; Chacaltana, Cesáreo, *"Derecho Civil, Primer Curso"*, Lima, Moreno editor, 1897, p. 80 ss; Samanamú, F., *"Instituciones de Derecho civil peruano"*, Lima, Librería e Imprenta Gil, segunda edición, Tomo I, 1917, pp. 150 ss.

(5) Fernández Sessarego, Carlos, *"Derecho de las Personas"*, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, Studiun, Lima, 1986, pp. 28 ss.

(6) Bianca, Massimo, *"Diritto Civile"*, Giuffre, Milano, 1978, Vol. I, p. 203, se refiere a una capacidad provisoria, en tanto que Roberti, Melchiorre, *"Svolgimento storico del Diritto Privato in Italia"*, Padova, Vol. I, 1935, pp. 118 ss, señala que se trata de una capacidad anticipada. Oppo, Giorgio, *"L'inizio della vita umana"*, en Rivista di Diritto Civile, Parte I, Anno,

puedan originarse sobre este tópico, lo cierto es que el Código ha desvinculado la protección del concebido del hecho futuro del nacimiento, reconociendo que el ser humano existe desde el momento mismo de la concepción (de la singamia), que es el inicio de la vida humana, el punto de partida de un proceso.

Por lo demás, el concebido es sujeto de derecho para *todo cuanto lo favorece,* frase que, proveniente de Las Partidas, no se reduce, entre nosotros, a los derechos patrimoniales, como alguien ha sostenido en otro medio [7].

El actual artículo 1 condiciona la atribución de los derechos patrimoniales a favor del concebido a la circunstancia de que éste nazca vivo.

Doctrina y jurisprudencia han creido ver en esta usual fórmula legislativa de referirse al eventual patrimonio del concebido, la existencia de una condición resolutoria, partiendo de la idea de que el nacimiento es futuro e incierto. Empero, el principio es muy otro y, por ello, conviene explicarlo siquiera brevemente.

La condición resolutoria es un elemento accidental del negocio jurídico y, por tanto, aplicable a la actividad del sujeto de derecho pero no a él mismo. La necesidad de explicar qué ocurre con los derechos patrimoniales reconocidos al nasciturus habría dado lugar a que, en ausencia de otros recursos, se haya uso de la condición. Es, por tanto -y en mi opinión-, un problema de técnica y de utillaje que puede ser resuelto bajo otra fórmula.

Lo aconsejable es que la ley señale que si el concebido no nace vivo no hay transmisión de derechos hereditarios y que, consecuentemente, los bienes retornan en cabeza de su anterior titular. Fundamentalmente por

---

XXVIII, Nº 5, Sett-Ott., 1982, CEDAM Padova, p. 502, se refiere a una tutela "anticipada" del futuro interés del nacido. Por otro lado, Rescigno, si bien manifiesta que para cierta doctrina existe una capacidad parcial a favor del concebido, afirma que la ley regula a favor del concebido, y subordinados al evento del nacimiento, la capacidad de suceder a causa de muerte y la capacidad de recibir donaciones. Sería, interpretando lo que este autor señala líneas antes, una capacidad especial. Cf. su *"Manuale del Diritto Privato italiano"*, Jovene Editore, Napoli, 1981, pp. 110 ss. En 1986, Fernández Sessarego, señalaba que la expresión "para todo cuanto le favorece" a la que se refiere al artículo 1 del Código vigente, y que debe interpretarse de la manera más amplia, implicaba que el concebido tenía una capacidad limitada, restringida, pues el concebido sólo tiene capacidad para aquello que le sea favorable. Cf. su "Derecho de las Personas" cit., pp. 29 ss. En 1990, en cambio, en el ensayo *"Tratamiento Jurídico del concebido"*, en *"Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas"*, Universidad de Lima, 1990, pp. 61 ss, al referirse a la capacidad del concebido (p. 86 y 87), señala que la capacidad del concebido es "efectiva y actual", pese a que ciertos derechos patrimoniales se resuelvan en caso que el concebido no nazca vivo. Líneas después, al referirse a los deberes del concebido (p. 97) reitera, como lo hizo en 1986, que la capacidad del *nasciturus* está referida a sólo aquella que lo beneficie, aunque sin usar la expresión "capacidad restringida".

(7) Me refiero a la autora española Esther Arroyo i Amayuelas, *"La protección jurídica en el Código civil"* (español), Cuadernos Cívitas" Madrid, 1992, pp. 99 ss.

razones de estabilidad, ya que el nada despreciable porcentaje de interrupciones involuntarias del embarazo o de alumbramientos sin vida suscitaría inseguridad en la titularidad de aquel patrimonio, inclusive si la pérdida de un embrión se produjese a la semana de concebido un ser humano, al cual se ha atribuido derechos patrimoniales.

Me atrevería a decir que el concebido también goza de modo actual de sus derechos patrimoniales, pero la eficacia de la atribución claudica si nace muerto.

Pasando a otro aspecto, propiamente de técnica legislativa, se ha observado que el actual artículo 1 del Código debió ser desdoblado para referirse, por un lado, al concebido y, por otro, a la persona natural [8].

Todas estas consideraciones han determinado que la Comisión haya formulado la propuesta de los artículos 1 y 1 bis como sigue:

"***Artículo 1.***- *La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Goza de manera actual de todos sus derechos.* [9]

Los derechos patrimoniales se extinguen si el concebido nace muerto, sin dar lugar a la transmisión de derechos hereditarios".

"***Artículo 1 bis.***- *El ser humano es persona desde su nacimiento y, en cuanto tal, sujeto de derecho".*

Con la enmienda propuesta se distingue claramente la categoría de concebido de aquella otra de persona física, la misma que es aplicable sólo al ser humano nacido, lo que permitiría evidenciar que el ordenamiento repara en la diferencia de los tramos existenciales por los que atraviesa uno y otro, sin perjuicio de reconocerles, a ambos, la calidad de sujetos de derecho [10].

4. Nuestro Código vigente también ha sido elogiado por regular ampliamente los derechos de la persona. Así lo han destacado, entre otros, Rescigno [11] Ordoqui [12], Fueyo Laneri [13] Santos Cifuentes [14] y Espar-

(8) Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, p. 31

(9) La expresión *"Goza de manera actual"* fue propuesta por el autor de estas líneas en su *"Proyecto de modificaciones..."*, cit., pp. 73 y 74, sobre la base de lo expuesto por Fernández Sessarego en su ensayo *"Tratamiento jurídico del concebido"*, cit., pp. 86 y 87.

(10) Cf. Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., pp. 26 ss., así como su ensayo *"Sujeto de derecho y persona natural (con especial énfasis en los Códigos civiles argentino y peruano)"*, recogido en *"Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas"*, Universidad de Lima, 1990, pp. 21 ss.

(11) Rescigno, *"Comentarios al Libro de Derecho de las Personas..."*, cit., pp. 241 ss.

(12) Ordoqui, Gustavo, *"Daño personal contractual"*, en *"Derecho Civil"*, Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 485.

(13) Fueyo Laneri, Fernando, *"Sobre el nuevo Derecho de la Persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú"*, en *"El Código civil peruano..."*, cit., pp. 173 ss.

(14) Cifuentes, Santos, *"Tutela integral de los derechos personalísimos"*, en *"Derecho Civil"*, ya cit., p. 258.

za Bracho [15].

Una nota característica del Código, que encuentra su antecedente en el artículo 4 de la Constitución de 1979 [16], viene dada por la circunstancia que el actual artículo 5, tras enumerar algunos de los derechos fundamentales, contiene una cláusula general y abierta de tutela plena de la persona al indicar 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**". Lo que equivale a decir que, sin perjuicio de la especificación de ciertos derechos, el Código acoge una de las más recientes conquistas en esta materia, al proteger cualquier valor de la persona derivado de su dignidad que aún no se encuentre tipificado por el ordenamiento como un derecho subjetivo a través de una norma concreta [17].

Sin embargo, en los últimos lustros, como producto de la siempre creciente preocupación por tutelar los valores o intereses existenciales de la persona humana, han sido identificados nuevos derechos subjetivos que, hasta no hace mucho, no eran conocidos en nuestro medio. Me refiero, en concreto, al derecho a la identidad personal, nacido en la jurisprudencia italiana [18].

Este derecho protege el interés de la persona a ser representada, en la vida de relación, a través de su verdad personal, tal como ella es conocida o podría serlo -por medio del criterio de la normal diligencia y buena fe- en la realidad social. El respeto impone, por ello, el guardar fidelidad con el patrimonio intelectual, político, religioso, ideológico, profesional, etc., de la persona, conocido en el ambiente cuando se la *describa*.

Surge, así, la distinción con el derecho al honor, ya que la identidad

---

(15) Ver *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 13, junio de 1989, pp. 125 ss.

(16) El artículo 4 de la Constitución de 1979 prescribía que: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

(17) Así lo ha observado Rescigno, *"Comentarios..."*, cit., p. 242. Sobre esta tendencia a incorporar cláusulas abiertas y flexibles de protección integral del ser de la persona, puede verse, muy útilmente, de Fernández Sessarego, C., *"Tutela jurídica de la persona"*, en *"El jurista"*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, Año I, Nº 1, enero de 1991, pp. 65 ss; así como su más reciente obra *"Protección jurídica de la persona"*, Universidad de Lima, Lima, 1992, pp. 45 ss., cuyo resumen ha sido publicado como *"Protección a la persona humana"* en A.A.V.V. *"Daño y protección a la persona humana"*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 21 ss. Del mismo modo, Vid. González Pérez, Jesús, *"La dignidad de la persona"*, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 98 ss.

(18) Cf. Fernández Sessarego, *"El derecho a la identidad personal"*, Astrea, Buenos Aires, 1992; A.A.V.V., *"Il diritto alla identità personale"*, Cedam, Padova, 1981; A.A.V.V., *"La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale"*, Giuffre, Milano, 1985.

tutela la imagen social veraz de la persona frente a las deformaciones en la *descripción* de su verdad, mientras que el honor, que comprende la autoestima y la estima de los demás [19], protege al individuo contra las ofensas infligidas por la emisión de un *juicio valorativo o crítico* del sujeto, que supone una apreciación peyorativa sobre su comportamiento.

De esa manera, el derecho a la identidad cautela el interés a "ser uno mismo", "el que es" el sujeto, de acuerdo a la posición social que le atañe en el medio.

El afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción, comprendiendo, de ese modo, la vertiente dinámica de la identidad, es decir, todo aquello que tiene que ver con el patrimonio ideológico-cultural del sujeto y su enriquecimiento, cambio, empobrecimiento, adhesión y renuncia a una cierta posición política, religiosa, etc., cuya fluidez denota lo lábil y versátil que puede ser la persona, no obstante lo cual siempre deberá ser representada de acuerdo a su verdad personal e irrepetible, conocida a través de las ideas, opiniones, actitudes, hábitos, que ha comunicado u observado en el medio en el que se desenvuelve [20]. La Constitución, por ello, no reduce el derecho a la identidad a la vertiente estática del mismo, conformada por los signos de identificación que, como regla general, se mantienen invariables en el tiempo, algunos de los cuales, además, son tutelados por normas diversas, por constituir objeto de otros derechos (nombre, imagen, voz, etc.) [21].

---

(19) Si bien el honor es la autoestima mientras que la estima de los terceros puede ser calificada como reputación (así, por ejemplo, Zeno Zencovich, Vincenzo, *"Onore e reputazione nel sistema del diritto civile"*, Jovene Editore, Napoli, pp. 99 y 102), lo cierto es que el Código civil, en el artículo 5, recoge una noción amplia que comprende a ambos, que coincide con la opinión del jurista español Castán Vásquez, José María, *"La protección del honor en el Derecho español"*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1957, tomo II, pp. 688 ss. Por mi parte, debo manifestar que, en el Proyecto que alcancé a la Comisión, propuse la distinción entre honor y reputación; Cf. Vega Mere, Yuri, *"Proyecto de modificaciones..."* cit., pp. 76 y 77.

(20) Fernández Sessarego, "Derecho a la identidad personal", cit., pp. 113 ss.

(21) El artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, a pesar de exhibir un epígrafe en el que se distingue, curiosamente, el *nombre* de la *identidad*, no cuenta con un texto que justifique tal diferenciación, puesto que se refiere sólo al *nombre* que es uno de los signos de identificación del menor. Por su parte, el artículo 7 del mismo Código, cuyo epígrafe se refiere a la identificación, alude a la *identificación* dactilar de la madre y a la *identificación* pelatoscópica del recién nacido. En suma, este Código sólo regula la vertiente estática de la identidad personal, sin aportar nada nuevo a lo que se encontraba en el Código civil de 1984.

En la misma perspectiva, la salud, tradicionalmente considerada entre nosotros como uno de aquellos derechos de la segunda generación (de los denominados derechos sociales), se ha ido convirtiendo en un interés humano de mayor relevancia para el ordenamiento. La experiencia italiana en materia de daños y protección a la persona lo demuestra claramente [(22)].

De ahí que, a pesar que nuestros constitucionalistas no se hubieren pronunciado categóricamente sobre tan esencial aspecto -renunciando, de una vez, a la trasnochada costumbre de considerar que las normas constitucionales sobre la salud son programáticas cuando, en realidad, son de aplicación directa e inmediata tanto en las relaciones entre particulares como entre éstos y la Administración Pública- se estime necesario que el Código se ocupe de regular este derecho básico. Y es que, la salud, entendida no sólo como la ausencia de enfermedad, sino como el bienestar integral (físico y psíquico del ser humano), tal cual la define la Organización Mundial de la Salud, constituye, al lado de la vida, de la libertad, de la integridad psicosomática y de la identidad, un derecho sin el cual la persona no puede realizarse como tal, por lo que, sin lugar a dudas, es parte del basamento indispensable para que el sujeto de derecho explaye su personalidad en el terreno de la intersubjetividad.

Estas consideraciones han determinado que la Comisión encargada de la lectura crítica del Libro I del Código proponga una nueva redacción del actual artículo 5, el mismo que pasaría a ser el nuevo artículo 4 ya que se ha creido que es posible fusionar los actuales 3 y 4 del Código civil en uno solo, bajo el número 3 [(23)].

De este modo, el proyecto del numeral 4 quedó como sigue:

---

(22) Al respecto, puede consultarse, Bargagna, Marino - Busnelli, Francesco Donato, *"La valutazione del danno alla salute"*, Padova, 1986; Mastropaolo, Fulvio, *"Il risarcimento del danno alla salute"*, Napoli, 1983; A.A.V.V., *"Giornate di studio sul danno alla salute"*, Cedam, Padova, 1990; Fernández Sessarego, *"Protección jurídica de la persona"*, cit., pp. 151 ss; Paradisso, Massimo, *"La esterilización humana entre problemas jurídicos y presupuestos antropológicos*, traducción de Yuri Vega Mere, en *Cuadernos de Derecho*, Nº 4, pp. 18 ss.

(23) La fusión de los artículos 3 y 4 del Código civil, planteada en la Comisión por quien esto escribe, dio pie a diversos planteamientos. Mientras que Vega Mere propuso como fórmula el que se dijera (en el único y nuevo numeral) que: "Toda persona, varón o mujer, tiene el goce de los derechos civiles", Fernández Sessarego propuso que se dijese "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones, en cuanto a su ejercicio, expresamente establecidas por ley". La enmienda sugerida por Fernández Sessarego ponía énfasis en la integridad de la capacidad de goce, la misma que, en su opinión, no admite excepciones ni limitaciones por cuanto la libertad constitutiva de todo ser humano requiere de ese patrimonio de derechos fundamentales sin el cual dicha libertad no podría desplegarse. La Comisión ensayó una fórmula que, en mi opinión, no altera en nada lo que dicen los actuales artículos 3 y 4 del Código y que, por tanto, creo destinada al fracaso. El texto propuesto es: "**Artículo 3.-** Todo ser humano, varón o mujer, tiene capacidad jurídica". No obstante, no me referiré al tema por ser el argumento de la Relación del Prof. Fernández Sessarego.

*"**Artículo 4.-** El derecho a la vida, a la libertad, a la identidad, a la integridad sicosomática, a la salud, al honor y todos los demás que se deriven de la dignidad del ser humano son objeto de la más amplia tutela jurídica, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6".*

Como es fácil advertir, la propuesta también corrige la alusión a la integridad del sujeto, ya que el actual artículo 5 del Código se refiere sólo a la faceta "física", olvidando la vertiente "psíquica" [(24)] y, de otro lado, la enmienda planteada alude a los "demás (derechos) que deriven de la dignidad del ser humano" [(25)], para comprender no sólo a la persona humana sino también al concebido, los cuales son "objeto de la más amplia tutela".

Releyendo la propuesta he observado que la última parte del texto podría ser modificada, ya que cuando se dice que el ejercicio -de esos derechos- no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6, entiendo que esa limitación sólo es aplicable a la integridad psicosomática, cuestión que debería ser clara y precisa en el numeral.

5. La jurisprudencia y la doctrina norteamericanas han aportado un interesante descubrimiento en materia de Derecho de las personas: el derecho a la intimidad [(26)].

Como alguna vez lo he sostenido, la intimidad (así como la vida privada -cuyo ámbito de actuación es mayor-), no es, propiamente, un concepto jurídico. Es una faceta de la vida personal que permite al sujeto profundizar en los meandros de su vida espiritual para encontrarse, para cobrar consciencia de sí y de su entorno, para evitar intrusiones de terceros en ciertos hechos y conductas que, de ser conocidos o divulgados, alterarían su tranquilidad y quebrantarían su equilibrio emocional, en razón de encontrarse entrabados con lo más recóndito de su ser [(27)]. En suma, para

---

(24) Como ya lo había advertido Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., p. 43.

(25) La *"dignidad"* fue tomada del artículo 4 de la Constitución de 1979, a la que también alude el artículo 3 de la actual Constitución de 1993; en tanto que la alusión al *"ser humano"* y no sólo a la persona fue propuesta por Vega Mere, *"Proyecto de modificaciones..."*, cit., p. 77. La expresión "son objeto de la más amplia tutela" fue propuesta por Fernández Sessarego.

(26) Es fundamental y precursor el ensayo de Warren y Brandeis, *"The right of privacy"*, en Harvard Law Review, 4, 1890-1891, pp. 193-220.

(27) Vega Mere, *"Proyecto de modificaciones..."*, cit., p. 78. En el año 1964, Fernández Sessarego, al plantear la necesidad de regular expresamente este derecho -que no se encontraba previsto en el Código civil de 1936-decía que su propósito es tutelar la tranquilidad espiritual, el sosiego de la vida íntima, evitando el sufrimiento mental que podría ocasionar la injustificada divulgación de los actos de la vida privada del sujeto sobre la base de una simple curiosidad pública. El trabajo de Fernández Sessarego, titulado *"Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano"* (de 1936), fue publicado, originalmente, en el *"Mercurio Peruano"*, Lima, mayo de 1964. En 1984, es decir, veinte años después, cuando el actual Código se encontraba en la fase de Proyecto, fue recogido en la obra *"La persona en la doctrina jurídica contemporánea"*, del propio Fernández Sessarego, editada por la Universidad de Lima.

gozar de paz en los momentos en que quiera retirarse del contacto con los demás para quedarse solo • con su familia.

Al excluir a los terceros de ese ámbito de libertad espiritual, el ordenamiento considera que el interés de dichos terceros en conocer lo que en ahí acontece no es apreciable socialmente.

El Código de 1984, sobre la base de la tutela dispensada a la intimidad por la Constitución de 1979 (inciso 5 del artículo 2), protege expresamente tal derecho en su artículo 14, el mismo que prescribe que: "**La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden**". De ese modo, la codificación privada contiene en su catálogo de derechos esta fundamental faceta del ser humano (28).

Sin embargo, como es fácil advertir, el numeral referido tiene una redacción que ha sido considerada insuficiente, por cuanto sólo se limita a impedir que la intimidad sea "puesta de manifiesto", sin pronunciarse sobre la intrusión que no conduzca, necesariamente, a la revelación de los hechos que han sido conocidos por quien se ha inmiscuido en la esfera ajena (29).

La intimidad, asimismo, puede verse en peligro si se la perturba, de modo que resulta indispensable ampliar la exclusión de los terceros frente a cualquier forma de atentado contra esta situación jurídica subjetiva.

---

(28) Evitando, así, los problemas que se han suscitado en otro países ante la ausencia de una norma específica, como ocurre en Italia, donde la jurisprudencia ha tenido un rol decisivo. Al respecto, Vid. Giorgianni, Michelle, *"La tutela della riservatezza"* en *"Scritti Minori"*, Edizione Scientifiche Italiane, 1988, pp. 777 ss; Giacobbe, Giovanni, *"Il diritto alla riservatezza: verso nuovi confini di tutela della persona?"* en *"Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia", a cura M. Bessone e G. Giacobbe, Cedam, Padova, 1988, pp. 3 ss; Dogliotti, Massimo, "Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali"*, en *Ibid.*, pp. 83 ss; Figone, Alberto, *"Il diritto alla riservatezza nella giurisprudenza italiana"*, en *Ibid.*, pp. 377 ss.

(29) Fernández Sessarego ya había advertido esta insuficiencia del texto, por lo que le daba una interpretación amplia, al señalar que: "El artículo 14... comprende dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal como familiar. Ellas consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente. En el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados por la injustificada e intrascendente curiosidad de terceros. La norma pretende impedir, con el mismo propósito, el despliegue de diversas actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un público interés. El segundo aspecto que contempla el numeral, bajo la expresión 'puesta de manifiesto', no se contrae a la simple intrusión en la intimidad de la vida privada sino a la divulgación, por cualquier medio, de alguna de sus manifestaciones". Cf. su *"Derecho de las Personas"*, cit., pp. 59 y 60. La crítica al texto del artículo también fue formulada por Vega Mere, *"Proyecto de modificaciones...,"*, cit., p. 78.

En lo que atañe a la divulgación, cuya prohibición se encuentra recogida en el actual artículo 14 del Código, poco importa que el invasor demuestre que lo conocido y puesto de manifiesto corresponda a la verdad. La persona se encuentra tutelada también contra la difusión de la verdad si esa divulgación lesiona su bienestar, su tranquilidad.

Lo que quiere decir, en palabras de Piraino Leto, que existe una doble tutela vinculada a la veracidad: de la verdad personal, a través del derecho a la identidad; y contra la verdad personal, por medio del derecho a la intimidad personal y familiar [(30)], ya que el ordenamiento protege la vida privada de la intrusión y de la puesta de manifiesto de lo que acontece dentro de ella, aun cuando corresponda a la realidad.

Por otro lado, sabido es que la intimidad se relaciona de dos formas con la información: la una, manteniendo ocultos ciertos aspectos de la vida de la persona, la otra, con la posibilidad que compete al individuo de controlar el manejo y circulación de la información que ha confiado a un tercero.

Sin embargo, en la actualidad, en la sociedad tecnológica que vivimos, y como producto del impacto de la informática, han ido surgiendo archivos electrónicos que compilan, procesan y transfieren datos personales, inclusive sin que el interesado tenga conocimiento y, por tanto, sin que él mismo haya dado a conocer la información allí acumulada (y, a veces, transmitida a través de redes informáticas), lo que resulta altamente peligroso para su bienestar emocional si con ello se ataca frontalmente su intimidad [(31)] o si, en esos bancos, se altera su verdad personal.

Como ha sido observado, el mundo contemporáneo está caracterizado por la producción, circulación y consumo de informaciones que, por su cantidad, variedad y rapidez en la obtención, no tienen paralelo en la historia. La necesidad, la oferta y la demanda de información se han tornado esenciales para la civilización post-industrial o tecnológica [(32)].

La acumulación, procesamiento, alimentación, recuperación y difusión de la información, de modo automático, ha sido posible gracias al uso masificado de la computadora, esa especie de prótesis mental del hombre capaz de memorizar y transmitir, en cuestión de segundos, cuantiosa información que no podría ser retenida por un ser humano.

---

(30) Piraino Leto, Angelo, *"Il diritto ad essere se stessi"*, en *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Anno XIX, Nº 2, Aprile-Giugno, 1990, Giuffre, Milano, pp. 601 ss; concretamente p. 605.

(31) Así, Ferreira Rubio, Matilde, *"El derecho a la intimidad"* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 45 y 46.

(32) Así, Frosini, Vittorio, *"Informática y Derecho"*, Temis, Bogotá, 1988, pp. 29-30, 81-84.

De modo casi imperceptible, todos proporcionamos algunos datos personales a distintas instituciones públicas o privadas, las cuales los procesan y archivan en los denominados "bancos de datos", organizados, en la mayoría de casos, por medio de ordenadores electrónicos.

Esa información, paradójicamente, ha creado una nueva forma de poder, el poder informático, que puede convertirse en una especie de control dirigido con y desde las computadoras, sin necesidad de intromisiones físicas, lo que, sin duda, representa una amenaza [(33)].

Por otra parte, los archivos electrónicos cuentan, en ocasiones, con datos personales que no deberían haber sido almacenados, los cuales, manipulados arbitrariamente, podrían atentar contra la intimidad o alterar el perfil personal del sujeto al cual se refieren.

La compilación de información y la circulación de los datos disponibles en los bancos, sin embargo, no puede justificarse sobre la base de un irrestricto derecho a la información, puesto que pueden encontrarse comprometidos los valores fundamentales del ser humano, como son la vida privada y la identidad personal. Más grave es aún cuando la alimentación o la difusión de los datos se realizan después de haber obtenido ilegítimamente la información o cuando los datos archivados son usados para fines distintos de aquellos que justificaron su acopio.

Por ello, como dice Frosini, el ciudadano tiene el derecho de disponer libremente de los propios datos personales, salvo los límites y las obligaciones previstos por la ley [(34)].

Y es que, en la sociedad informatizada, la persona tiene la libertad de acceder y de ejercer control sobre los datos que le atañen y que se encuentran recogidos en archivos electrónicos, ya sea para suprimir aquellos considerados sensibles (en tanto tocan aspectos privados, incomunicables o que podrían dar pie a discriminaciones o especulaciones injustificadas), ya sea para modificarlos, corregirlos o disponer su transmisión [(35)]. Se consagra, de ese modo, una nueva expresión del derecho a la intimidad, del todo dinámica así como del derecho a la identidad que bien podría ser denominada "identidad informática" [(36)] puesto que permite al sujeto exigir que los datos guarden fidelidad con su mismidad, con su verdad personal.

---

(33) Cf. Parellada, Carlos A., *"El derecho de la persona y la informática"*, en *"Derecho Civil"*, cit., p. 213.

(34) Frosini, *"Informática..."*, cit., p. 110.

(35) Cf. Correa, Carlos María, *"El derecho informático en América Latina"*, en *"Informática y Derecho"*, Volumen 2, Depalma, Buenos Aires, pp 16 ss.

(36) Frosini apenas lo sugiere, sin reparar en el contenido de sentido que tendría esta nueva forma de expresión del derecho a la identidad personal y que constituye un filón interesante y aún no estudiado de esta situación jurídica subjetiva. Vid. su Op. cit., p. 110.

Por otro lado, no está demás señalar que en esta materia son preferibles las medidas inhibitorias antes que el resarcimiento de los daños [37].

La incontrastable existencia de los bancos de datos en nuestro medio habría movido a los redactores de la actual Constitución a incorporar la acción de habeas data para proteger la intimidad, el honor y la reputación (inciso 3 del artículo 200). No así, curiosamente, la identidad. Al menos, si nos atenemos a la remisión de la norma constitucional que consagra el habeas data.

En vista de la realidad antes descrita, la Comisión ha considerado necesario precisar cuáles son las formas en que puede lesionarse la intimidad, que la verdad de los hechos conocidos no justifica su divulgación, así como el derecho del interesado a acceder a los bancos de datos para conocer, actualizar, rectificar y suprimir la información que atente contra su vida privada, sin perjuicio de la reparación por los daños infligidos.

La propuesta para la nueva redacción del artículo 14 es como sigue:

"***Artículo 14.-*** *Toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad personal y familiar.*

El que por cualquier medio perturbare la intimidad de la persona, tomare indebido conocimiento de hechos que correspondan al ámbito privado o los pusiere de manifiesto sin su consentimiento, será obligado a cesar en la intrusión, reparar el daño causado e impedido de ulteriores intromisiones.

En caso de fallecimiento del titular del derecho el asentimiento será prestado por su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos excluyentemente y en este orden.

El transgresor no podrá excluir su responsabilidad aunque demuestre que lo conocido o divulgado corresponde a la verdad.

Toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella se hayan recogido en bancos de datos y en archivos o registros pudiendo solicitar o demandar la supresión de los mismos cuando atenten contra su intimidad.

A pesar que la reparación del daño ocasionado a la intimidad debería significar para el agresor el que se abstenga de transgresiones ulteriores, la Comisión ha estimado adecuado reiterar, a través de la última parte del segundo párrafo, que no puede incurrir nuevamente en el mismo comportamiento indebido.

Releyendo la propuesta, advierto que, dada la especificidad del derecho tutelado en el actual artículo 14 del Código civil, la enmienda planteada sólo protege la intimidad ante la amenaza de lesión o daño que se po-

(37) Bergel, Salvador Darío, *"Informática y responsabilidad civil"*, en *"Informática y Derecho"*, cit., p. 208.

dría irrogar a la persona con la acumulación o difusión de sus datos en bancos, pero se deja de lado (al igual que lo hace la Constitución de 1993), la tutela del derecho a la identidad frente a la manipulación arbitraria de información que desfigure su verdad personal.

6. El daño a la persona es otro de los aportes del Código civil de 1984, introducido por el Ponente del Libro I.

La novedad del tema, para nuestro medio y Latinoamérica, despertó, durante los primeros años, algunas reacciones que hoy nos parecen enteramente superadas y que por razones de espacio no serán abordadas.

Tradicionalmente, el objeto de la responsabilidad civil fue el resarcir los daños a las cosas. Sólo limitadamente se reparaba el daño moral.

Sin embargo, el vuelco experimentado a nivel de la filosofía, que centró su atención, de modo prioritario, en el ser de la persona, se dejó sentir en el razonamiento habitual de los hombres de derecho quienes, impulsados por las corrientes del existencialismo [38] y del personalismo [39], modificaron radicalmente el orden de sus sólitas preocupaciones.

Simultáneamente, los avances de la era industrial y postindustrial trajeron consigo nuevas formas de agresión hacia la persona, a pesar de las inocultables comodidades y del mejoramiento de los niveles de vida que aportaban los productos del desarrollo tecnológico [40].

Fue al calor de aquel replanteamiento en torno al ser de la persona, que una jurisprudencia tímida, pero que se esforzaba por escapar a los moldes clásicos, recepta, en el campo del derecho de daños, la obligación de reparar las lesiones infligidas directamente al sujeto no obstante que, influenciada aún por los criterios y técnicas resarcitivas de los bienes materiales, se limitó, en este estadio de evolución, a indemnizar sólo las consecuencias patrimoniales (el daño emergente y el lucro cesante) de los atentados cometidos en contra de la persona, aplicando, como parámetro, la capacidad del hombre de producir renta o riqueza.

Sin embargo, la estrechez de semejante solución fue prontamente denunciada por cuanto dejaba al margen del derecho la reparación en favor de quienes, por diversas circunstancias, no producían renta (piénsese en los menores de edad, en los jubilados, en las amas de casa, en los dementes, etc.)

La realidad, igualmente, se encargó de demostrar que los ataques frontales al ser de la persona tampoco se agotaban en la resarcibilidad de

---

(38) Fundamentalmente de Heidegger, Sartre, Jaspers y Marcel, quienes encontraron un extraordinario basamento en Kierkegaard.

(39) Vid. del Mounier, E., *"El personalismo"*, Eudeba, Buenos Aires, 1987; *"Manifiesto al servicio del personalisno"*, Taurus, Madrid. 1972.

(40) Cf. Fernández Sessarego, Carlos, *"Protección jurídica de la persona"*, cit., pp. 153 ss.

los daños en desmedro de su esfera biológica, sino que había, en la personalidad del sujeto, múltiples y variadas facetas que podían ser agredidas simultánea o independientemente, cuya reparación no podía ser exactamente traducida en dinero, por cuanto el ser del hombre carece en sí de significación económica, es decir, no tiene un valor en el mercado.

Para ello debía abandonarse aquella falaz aseveración según la cual, si la persona no tiene un valor económico, no se le podía entregar una suma de dinero para indemnizar los daños que se le ocasionaran, ya que esta absurda solución dejaba desprotegido al ser humano y, en cambio, privilegiaba la tutela del patrimonio o, en el mejor de los casos, cubría únicamente las consecuencias pecuniarias de las lesiones corporales.

Fue entonces cuando, al lado del daño biológico, que atiende a la anatomía y a la fisiología del sujeto -y que era reparado sólo en la economicidad de los gastos del tratamiento subsecuente-, aparece el daño a la salud, como una feliz expresión que daba cuenta de las lesiones que se infligían al bienestar íntegro de la persona, a su rica y polifacética personalidad, generalmente como resultado de un atentado corporal.

Aquellos dos conceptos, con un evidente substrato existencial, quedaron englobados en la expresión daño a la persona [(41)].

En efecto, mientras que el daño biológico se refiere a la lesión considerada en sí misma (a la herida, fractura, mutilación, etc.), el daño a la salud denota la afectación del bienestar íntegro de la persona, el mismo que puede involucrar los aspectos ordinarios, estéticos, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, etc., del sujeto. El primero (el daño biológico), se advirtió, a pesar de ser anátomofuncional, puede incidir sobre el equilibrio general de la persona, comprometiendo su entero modo de ser [(42)].

Por otro lado, si el daño es de tal magnitud que frustra el proyecto de vida del sujeto, esa lesión puede representar un atentado contra la libertad, es decir, contra el programa existencial de la persona libremente ideado y deseado, de acuerdo a sus posibilidades, perjudicando, finalmente, lo que la persona es, mellando su identidad [(43)].

Esta realidad ha obligado a los juristas a plantear la necesidad de reparar el daño a la persona con técnicas diversas de las que se utilizan pa-

---

(41) En esta parte sigo las obras de Fernández Sessarego, *"Protección jurídica de la persona"*, ya cit., pp. 151 ss; *"El daño a la persona en el Código civil de 1984"*, en *"Nuevas tendencias en el Derecho de las personas"*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pp. 261 ss.; *"Hacia una nueva sistematización del daño a la persona"*, en *"Primer Congreso Nacional de Derecho civil y comercial"*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Civil y Comercial, Lima, 1994, pp. 23 ss.

(42) Fernández Sessarego, *"Hacia una nueva sistematización..."*, cit., pp. 34 a 36.

(43) Fernández Sessarego, *"Hacia una nueva sistematización..."*, p. 36 a 38.

ra el resarcimiento de las cosas, distinguiendo, adicionalmente, las consecuencias patrimoniales de las consecuencias extrapatrimoniales que la lesión personal pueda acarrear, ya que se hizo evidente que no bastaba indemnizar a la víctima con el simple pago de atención médica, de los medicamentos y de los días no laborados. Su tranquilidad, su bienestar, su vida de relación, alterados por el atentado sufrido, a pesar de no tener una traducción precisa en dinero, deben, igualmente, ser reparados, inclusive de modo prioritario a las consecuencias patrimoniales. Sin embargo, la injusticia de los daños sufridos exige que ambos efectos sean indemnizados por su autor.

La circunstancia de que la reparación de las consecuencias extrapatrimoniales, precisamente por la naturaleza del ente dañado -el ser humano- no permita que se reponga el estado de cosas al momento inmediatamente anterior al daño, no es obstáculo para que la indemnización pueda compensar o morigerar los efectos del ataque a su salud. En primer término, porque la víctima no debe soportar la injusticia del daño; en segunda instancia, porque la indemnización permite, en cierta medida, la realización de ciertas actividades (culturales, recreacionales o espirituales) que contribuyen a hacer olvidar (siquiera temporalmente) el daño sufrido. Y, en último término, porque la obligación de atender el daño debe tener efecto disuasivo para el autor y los terceros [(44)].

La doctrina más autorizada, además, aconseja que es conveniente prevenir el daño a través de medidas cautelares o acciones inhibitorias [(45)] que eviten que el daño se produzca o que persista si sus efectos son prolongados en el tiempo.

A lo dicho es menester agregar que la calificación de daño a la persona ha sido cuestionada porque parece dejar de lado al concebido, el mismo que, como ha quedado dicho, no es persona pero sí sujeto de derecho. Por esta razón, Fernández Sessarego ha propuesto la calificación de la figura como "daño subjetivo", es decir, causado al sujeto de derecho, que se contrapondría al "daño objetivo" o daño a las cosas [(46)].

Pese a la porfía humanista de Fernández Sessarego por introducir la más amplia tutela preventiva y reparatoria de la persona, su propuesta no fue acogida por la Comisión Revisora del Código civil. La norma que había proyectado era bastante amplia. Ella señalaba que: "**En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.**

---

(44) Cf. Fernández Sessarego, *"El daño a la persona..."*, cit., pp. 300 ss.

(45) Fernández Sessarego, *"Protección jurídica..."*, cit., pp. 183 y 184.

(46) Fernández Sessarego, *"Protección jurídica..,"*, cit., pp. 151 ss.

El juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de una actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso" (47).

La propuesta era bastante interesante y, por otro lado, permitía distinguir el daño moral del daño a la persona, en tanto el primero representa una lesión a la esfera emotiva o sentimental del sujeto, pero que, al fin de cuentas, bien puede ser comprendido dentro del segundo, en la medida que el resquebrajamiento de la salud subsecuente a la lesión también puede comprometer dicha faceta (48).

Lamentablemente, el proyecto de norma quedó reducido al actual artículo 17, el mismo que ha sido mutilado al límite de hacerle perder sentido.

En efecto, el actual artículo 17 apenas señala que: "**La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.**

La responsabilidad es solidaria".

De esta manera, la norma, como se ha observado, no dispone nada en torno a la reparación del daño ni a las formas en que ésta pueda adoptarse, en función del interés lesionado. Apenas se limita a conceder acción para la cesación del evento dañoso, carente de sentido cuando el perjuicio ya ha sido irrogado (49).

Por su parte, el segundo párrafo es ininteligible. Sólo gracias a un esfuerzo dialéctico el intérprete puede entender que se quiso decir que la responsabilidad es solidaria si son dos o más los autores y no se pudo determinar su grado de participación en el hecho dañoso. La Comisión Revisora redactó una norma sin supuesto de hecho; sólo se refirió a la consecuencia (50).

Afortunadamente, el tema del daño a la persona se pudo incorporar -gracias a la insistencia de Fernández Sessarego- al artículo 1985 del Có-

---

(47) Se puede consultar, útilmente, Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., pp. 66 ss.

(48) Fernández Sessarego, *"El daño a la persona..."* cit., pp. 307 ss.

(49) Vega Mere, *"Proyecto de modificaciones al Libro I del Código civil: Derecho de las Personas"*, II Parte, en ADSUM" Revista Jurídica, Nº 7, p. 62.

(50) Op. y loc. ult. cit.

digo civil, a pesar que la sistemática no es adecuada por cuanto se le ha ubicado dentro de las normas de la responsabilidad extracontractual.

No obstante todas estas vicisitudes, el Código ha sido elogiado por no haber puesto ninguna limitación a la reparación del daño a la persona (51).

Curiosamente, fuera de todo vaticinio, el tema del daño a la persona no ha sido enteramente comprendido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. En cambio, en Argentina -país en el que se reconoce que la introducción de la figura se debe a Fernández Sessarego (52)- ha prendido entre los autores, quienes no hace mucho dedican envidiables esfuerzos a la materia.

La Comisión ha creido necesaria la reformulación del artículo 17. Este numeral, por razones de sistemática, debería pasar a ser el artículo 18, puesto que la tutela que dispensa también debe abarcar al derecho de autor, el mismo que, por ende, habría de ser regulado antes del daño a la persona. Para su redacción se ha tomado como fuente la Ponencia del Profesor Carlos Fernández Sessarego, que desestimó la Comisión Revisora, así como los trabajos que el mismo ha escrito sobre este tema a lo largo de los últimos diez años. Consecuentemente, el artículo -ahora 18- que se propone tiene la siguiente redacción:

*"**Artículo 18.-** En los casos de amenaza o desconocimiento de cualquiera de los derechos e intereses existenciales que se deriven de la dignidad del ser humano, se puede demandar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado.*

El juez, a solicitud del interesado, ordenará la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño al sujeto o la paralización de la actividad generadora del daño.

De producirse un daño a la persona, se fijará la indemnización considerándose independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales.

Si el daño es ocasionado por dos o más personas, sin poder determinar su grado de participación, la responsabilidad será solidaria".

Resulta interesante destacar que la persona podría accionar también contra la amenaza, es decir, preventivamente. Igualmente, la propuesta

---

(51) Cf. Busnelli, Francesco Donato, *"La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código peruano"*, en *"Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el Sistema Jurídico latinoamericano"*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, pp. 50 ss.

(52) Así lo señala Mosset Iturraspe, Jorge, *"El valor de la vida humana"*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 3era edición, 1991, p. 327 ss.

no sólo se refiere a los derechos subjetivos sino, también, a todo interés existencial que derive de la dignidad del **ser humano**, expresión que comprende tanto a la persona como al concebido.

El sujeto, además, podría actuar para exigir la más amplia y oportuna tutela a través de los medios adecuados que el juez estime conveniente aplicar, con imaginación y de acuerdo a las circunstancias que se presenten.

La propuesta se refiere, asimismo, a la acción inhibitoria en su segundo párrafo, que equivale a la acción de amparo consagrada constitucionalmente.

Del mismo modo, el tercer párrafo aclara que el juez deberá fijar la indemnización considerando las consecuencias patrimoniales independientemente de las extrapatrimoniales.

Finalmente, el último párrafo arroja luz sobre aquel segundo párrafo incomprensible del actual artículo 17 del Código, imponiendo la solidaridad si el daño fue ocasionado por dos o más personas y no se ha determinado su grado de participación.

Como es notorio, no se ha considerado necesaria la referencia al daño moral, en tanto constituye una de las expresiones del daño a la persona, al lesionar su esfera sentimental o afectiva.

7. Se ha dicho que el *nombre* es un término equívoco. Su significado varía ya que con él se puede aludir a la designación dada a la persona al momento del bautismo o de la inscripción en el Registro del Estado Civil, y que se conoce también como nombre de pila. Del mismo modo, el *nombre* se usa para hacer referencia a todos y cada uno de los elementos onomásticos que individualizan a una persona, en cuyo caso, esta segunda acepción comprende tanto al *prenombre* (o nombre de pila) como a los *apellidos*.

Como se sabe, el prenombre es el elemento individual característico del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida, pues la palabra con la que viene constituido este signo es elegida libre y arbitrariamente por quien tiene la facultad de imponerlo al recién nacido.

El apellido, en cambio, es la designación común de una estirpe y cada individuo lo porta en razón de su pertenencia al grupo que se distingue por ese apelativo. El apellido, además, permite distinguir la filiación y los lazos de parentesco [53].

En la medida que el Código civil no distingue, en el artículo 19, los prenombres de los apellidos, de seguirse sus directivas tendríamos que decir que para el Código el **nombre** comprende al **nombre** y a los apellidos. Como ha sido observado, la repetición del vocablo **nombre** no es un

(53) Pliner, Adolfo, *"El nombre de las personas"*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 42 ss.

error de interpretación sino tan sólo el resultado de la opción seguida por la norma antes referida, la misma que ha dado al nombre de pila una denominación no técnica sino usual (precisamente la de **nombre**) (54).

Fernández Sessaresgo explica que -para evitar la interpretación a que hemos hecho referencia- mediante memorando del 22 de noviembre de 1983, propuso a la Comisión Revisora la sustitución de la segunda frase del artículo 19 del Código civil por otra que decía: "El nombre comprende el prenombre y los apellidos", cuestión que, lamentablemente, fue descartada (55).

Pasando a otro aspecto, se ha dicho que en materia de nombre (propiamente de prenombre) rige la más amplia libertad de los progenitores, quienes pueden atribuir, sin límite legal alguno, cualquier designación a sus descendientes (56).

Esta libertad, sin embargo, debe encontrar una limitación que obedezca a la incomodidad o malestar que el prenombre atribuido pueda causar a quien lo lleva. De ahí que, tal como ha sucedido en Argentina con la Ley Nº 18248, del 10 de junio de 1969, los nombres no deberían ser ridículos, extravagantes, contrarios a las buenas costumbres ni deberán suscitar dudas sobre el sexo de las personas. Desafortunadamente, el artículo 19 de nuestro Código calla al respecto.

La realidad nos demuestra un considerable porcentaje de personas que no encuentran tranquilidad ni agrado con el prenombre que les ha sido asignado y que, por múltiples razones, se ven obligados a solicitar al juez la modificación de los mismos o la supresión de algunos de los prenombres, si éstos son más de uno. En ocasiones, la exagerada cantidad de prenombres crea confusión, tomándose algunos de ellos -sobre todo los últimos- como apellidos.

Por estas razones la Comisión ha creído oportuno proponer la modificatoria del artículo 19 con el siguiente texto:

*"**Artículo 19.-** Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye uno o más prenombres y los apellidos, en el orden prescrito por el artículo 20.*

Los prenombres no deben ser ridículos, extravagantes ni indecorosos".

En el seno de la Comisión se presentó una propuesta más amplia. Sin embargo, se estimó que la reglamentación detallada corresponde a una ley especial sobre la materia (57).

---

(54) Vega Mere, *"Proyecto de modificaciones..."*, II Parte, cit., p. 65.

(55) Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., p. 80.

(56) Vega Mere, Yuri, *"El nombre, la homonimia y sus problemas"*, en *"El Peruano"*, edición del 8 de julio de 1992, p. B-5.

(57) Me refiero a la propuesta que formulé, la misma que decía: "**Artículo 19.-** Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, que incluye uno o varios prenombres y los apellidos.

La propuesta de reforma del artículo 19 debe alcanzar también la del artículo 23 [58], el mismo que quedaría redactado como sigue:

*"**Artículo 23.-** El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre que le asigne el registrador del estado civil.*

En este caso, es de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 19".

La Comisión también ha juzgado inadecuada la solución aportada por el actual artículo 21 del Código civil. Según este numeral: "**Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.**

Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial".

La opción de este artículo genera un inconveniente para el hijo extramatrimonial reconocido por sólo uno de los progenitores. En efecto, al atribuírsele los mismos apellidos que tiene el padre o la madre que lo reconocieron, el hijo y su progenitor podrían ser considerados, en los actos de la vida civil, como hermanos. Por desconocimiento, claro está, que, para eliminarlo obligaría a los sujetos a indicar las razones que determinaron tal circunstancia, cuestión que atañe -qué duda cabe- al ámbito de la reserva o intimidad [59].

Por ello, la Comisión ha hecho suya la propuesta de acuerdo con la cual al hijo extramatrimonial reconocido sólo por uno de los progenitores se le atribuirá el primer apellido de éste dos veces [60]. La redacción de esta proyectada enmienda se adecua, adicionalmente, a lo que acontece en la realidad, pues las propias personas interesadas han creado esta opción onomástica al interior del Hospital de Maternidad [61].

Así, el artículo 21 que la Comisión propone tiene el texto siguiente:

*"**Artículo 21.-** Al hijo extramatrimonial le corresponde el primer apellido de sus progenitores, en caso de haber sido reconocido por ambos.*

"Los prenombres no deben ser ridículos, extravagantes ni indecorosos. Tampoco deberán suscitar dudas respecto al sexo de la persona ni podrán estar compuestos por apellidos españoles o extranjeros.
"El registrador del estado civil aconsejará a los declarantes la atribución a los hijos de prenombres distintos a los de los padres y a los de los hermanos vivos. Si se atribuyera un prenombre idéntico se deberá agregar uno diferente". Cf. mi *"Proyecto de modificaciones..."*, II Parte cit.," pp. 64 ss.

(58) Como lo hicieron notar Victor Guevara Pezo y Carlos Enrique Becerra Palomino en el seno de la Comisión.

(59) Vega Mere, *"Proyecto..."*, II Parte, cit., p. 67.

(60) Formulada por Vega Mere, *"Proyecto..."*, II Parte, pp. 66 y 67.

(61) Ibidem, Op. y loc. ult. cit.

Si fuera reconocido sólo por uno de ellos, se le atribuirá el primer apellido de éste dos veces.

El posterior reconocimiento de parte del otro progenitor o la sentencia consentida que declara la filiación, determinarán la adecuación de los apellidos".

Para guardar coherencia con esta proyectada reforma, también se ha reformulado la redacción del artículo 22, relativo a los apellidos que corresponderían a los adoptados [(62)]:

*"**Artículo 22.-** El adoptado lleva el primer de los adoptantes. Si es adoptado sólo por una persona se le atribuirá el primer apellido de ésta dos veces".*

A pesar que las propuestas de enmienda alcanzan otros artículos del Código relativos al nombre, citaré, de entre ellas, la redacción que se cree conveniente dar al artículo 29 ya que ella incluye la posibilidad, siempre por motivos justificados y mediante autorización judicial, de alterar el orden de los apellidos.

En ello ha mediado una razón de consideración hacia las personas que, vinculadas por parentesco a personalidades ilustres, en algunos casos de pública recordación, han preferido evitar contraer nupcias por la inevitable imposibilidad de transmitir su segundo apellido. En España, por lo demás, existe un capítulo sobre tan excepcional materia que tuvo como protagonista a la nieta de Francisco Franco.

Por ello, el artículo 29 que la Comisión ha proyectado reza:

*"**Artículo 29.-** Nadie puede cambiar su nombre, hacer adiciones ni alterar el orden de sus apellidos, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial debidamente publicada e inscrita.*

El cambio o la adición, así como la alteración del orden de los apellidos alcanza, de ser el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad".

8. También en la parte relativa a la regulación del domicilio la Comisión ha proyectado algunos ajustes. De entre ellas la propuesta de enmienda al artículo 35 del Código civil parece ser la más importante.

El domicilio, en el Código de 1936, estaba regulado sobre la base de la residencia en un lugar con el ánimo de permanecer en él, es decir, destacaba el **animus manendi,** que en la práctica resultó inaplicable, ya que si alguien cambiaba de domicilio debía declararlo expresamente ante la Municipalidad de la jurisdicción a la cual se había trasladado o esperar que transcurriesen dos años de residencia voluntaria en dicho lugar. En otros términos, por partir de un razonamiento exageradamente subjetivista, quien mutaba el lugar de su residencia debía vertir una declaración .

(62) Propuesta formulada por Víctor Guevara Pezo.

ante la autoridad municipal, so pena de permanecer dos años legalmente indomiciliado, pues entonces debía esperar el plazo previsto en el artículo 22 del Código civil derogado para contar con un domicilio jurídicamente constituido.

En los hechos nadie se preocupó de formular tal declaración, por considerarla carente de sentido pero la alternativa, que exigía el transcurso de un dilatado plazo de residencia en el nuevo espacio geográfico (2 años), era igualmente deficiente [(63)].

El Ponente del Libro de Personas del Código civil actual se apartó de tal estructuración y, adicionalmente, perfiló, en su propuesta, la opción germánica del domicilio único, el mismo que está determinado por la residencia habitual de la persona.

Sin embargo, por un inexplicable apego a las normas del Código civil derogado, la Comisión Revisora quebrantó el régimen del domicilio único al trasvasar el artículo 20 del Código de 1936 al artículo 35 del Código de 1984. Con ello se desliza la idea (y se consagra normativamente) de que una persona puede tener más de un domicilio (coincidente con la **residencia habitual** para nuestro ordenamiento), pues dicho precepto establece que a quien vive alternativamente en varios lugares se le considera domiciliado en cualquiera de ellos.

Así, el artículo 35 del Código vigente, que acoge de manera impropia el sistema de la pluralidad de domicilios, contradice abiertamente el régimen del domicilio único del artículo 33, ya que, como ha sido denunciado, no es posible que una persona **resida habitualmente** en dos o más lugares, en la medida que no cabe tener dos hábitos contrapuestos [(64)].

La preocupación por esta incoherencia dentro de la figura del domicilio ha sido recogida por la Comisión, la que ha considerado que es necesario establecer como una excepción la hipótesis de que una persona pueda vivir o tener ocupaciones habituales en varios lugares. Ello explica la forma cómo se ha redactado la propuesta de reforma del artículo 35 del Código civil:

*"**Artículo 35.**- No obstante lo dispuesto en el artículo 33, a la persona que vive o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".*

De esta manera, se parte del principio del domicilio único para establecer, luego, el carácter excepcional de la pluralidad de domicilio. De ahí que el texto proyectado se inicie con la frase *"No obstante lo dispuesto en el artículo 33,..."*

---

(63) Vid. León Barandiarán, José, *"Tratado de Derecho Civil"*, WG Editor" Lima, 1991, Tomo I, pp. 163 ss.

(64) La crítica es de Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., pp. 95 y 96.

También resulta interesante anotar que la Comisión ha creido necesaria la reformulación del artículo 36 del Código civil. Si nos atenemos al texto del actual numeral 36, descubriremos sin mayor esfuerzo la irreal solución que contiene cuando los cónyuges, que tenían un domicilio común, no viven más bajo el mismo techo.

El mencionado artículo 36 reza: "**El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron**".

Al comentar dicho numeral, Fernández Sessarego señala que la norma incurre en una ficción al determinar que, en defecto de domicilio conyugal, se admite como tal el último que compartieron, puesto que no se ajusta a la realidad. Es, en su opinión, un fingimiento que acoge el Código por la ausencia de domicilio conyugal.

Manifiesta Fernández Sessarego que, en su entender, debe considerarse que no existe más el domicilio conyugal. Cada cónyuge reside por su cuenta, habitualmente, en lugares diferentes, en los cuales han constituido su nuevo domicilio y es ahí donde se les debe ubicar para cualquier efecto jurídico. Concluye nuestro autor señalando que su opinión contraria a la ficción adoptada por la Comisión Revisora consta en la comunicación que le hizo llegar el 1 de marzo de 1984 (65).

Precisamente esta inquietud de Fernández Sessarego suscitó una propuesta en el seno de la Comisión de Personas, que fue bien acogida (66).

La enmienda que se ha esbozado pretende desplazar la ficción contenida en el actual artículo 36, sustituyéndolo por el siguiente texto:

"***Artículo 36.-*** *El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno. En defecto de éste se aplicará, para cada cónyuge, lo dispuesto por el artículo 33*".

9. Como se anotó al inicio, las reformas trabajadas por la Comisión de Personas organizada por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y que ha estado conformada por especialistas en la materia, si bien constituyen un primer borrador, representan el esfuerzo de más de dos años de sesiones periódicas.

La labor, es bueno decirlo, ha sido grata, sobre todo porque es una muestra de la capacidad de trabajar colectivamente por un objetivo que trasciende y excluye apetencias personales.

Es deseable que la lección que hemos aprendido en este tiempo de trabajo conjunto permanezca y sirva de ejemplo a todo hombre de derecho y,

---

(65) Fernández Sessarego, *"Derecho de las Personas"*, cit., p. 97.

(66) Redactada por Vega Mere en su *"Proyecto de modificaciones..."*, cit., II Parte, p. 68.

particularmente, a las Universidades, cuya misión fundamental es contribuir al desarrollo y bienestar por medio de los recursos humanos y materiales con los que cuenta.

No puedo concluir sin expresar mi agradecimiento al Profesor Carlos Fernández Sessarego, Maestro del Derecho de las Personas, por haberme dado la oportunidad de compartir estos días al lado de eminentes juristas de diversos países y, por supuesto, al lado suyo y de mis colegas peruanos. Vaya mi gratitud, igualmente, por alimentar nuestra vocación de amar cada día más al Derecho y, sobre todo, al prójimo.

SUMARIO

1.- Introducción
2.- Supuestos
    a.- La tridimensionalidad del derecho
    b.- La bidimensionalidad del ser humano
3.- Dificultades pluriseculares en torno a la precisión conceptual de las nociones jurídicas fundamentales
4.- La precisión en cuanto a los conceptos jurídicos fundamentales, ¿ un problema sin solución?
5.- Breves apuntes históricos sobre la capacidad
6.- Surgimiento del concepto de capacidad jurídica
7.- Ser humano y libertad jurídica
    a.- Conveniencia de la unificación del lenguaje jurídico
    b.- Los dos tramos o instancias de la libertad
    c.- Los condicionamientos de la libertad
    d.- Analítica de la "circunstancia"
    e.- La temporalidad del ser humano
    f.- Precedencia existencial de la libertad
    g.- Toma de conciencia de la libertad
    h.- El derecho como exigencia existencial del ser humano
    i.- Síntesis conclusiva en torno a la libertad
8.- Ser humano y sujeto de derecho
9.- Sujeto de derecho y situación jurídica subjetiva
    a.- La doble función del derecho en sintonía con la bidimensionalidad del ser humano
    b.- Replanteamiento critico del derecho subjetivo
    c.- Limitaciones de la posición tradicional
    d.- La "situación jurídica subjetiva"
10.- Sujeto de derecho, persona y personalidad
11.- Sujeto de derecho, personalidad y capacidad
12.- Libertad e instrumental sicosomático
13.- Libertad y voluntad
14.- Libertad y capacidad jurídica
15.- Capacidad jurídica (o de goce) y capacidad de ejercicio
    a.- La capacidad como potencialidad de la libertad
    b.- Imposibilidad existencial de limitar legalmente la capacidad jurídica general o de "goce"
    c.- Las instancias del proceso en que consiste la capacidad jurídica
    d.- La capacidad de "ejercicio" es la única que interesa al derecho positivo
16.- La capacidad jurídica, ¿es una calificación formal del ordenamiento jurídico?
17.- La capacidad en la legislación comparada
18.- La capacidad jurídica en la legislación peruana
19.- Propuesta de enmienda al Código civil peruano en materia de capacidad jurídica

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

EL HISTORICO PROBLEMA DE LA CAPACIDAD JURIDICA

Por: Carlos Fernández Sessarego

1.- INTRODUCCION

Es próposito del presente ensayo desentrañar, dentro de nuestras posibilidades, el significado y los alcances que tiene para el derecho el fundamental concepto de "capacidad jurídica", entendida ésta en su más amplia acepción. Es decir, como *capacidad jurídica general* o, como también se le designa en la doctrina, como capacidad de "derecho" o de "goce". Pretendemos, luego de intentar la descripción de su contenido, establecer los términos de su relación con la denominada *capacidad especial* o, como también se le denomina, capacidad de "ejercicio", de "hecho" o de "obrar". Las acepciones de capacidad de "goce" y de capacidad de "ejercicio" son, indudablemente, las de uso común para definir cada una de tales capacidades.

El análisis de esta temática nos ha de llevar, inevitablemente, a la confrontación de la noción de "capacidad" con otros conceptos básicos de la disciplina jurídica, como son las nociones de libertad, subjetividad, persona y personalidad, con los cuales la tradición jurídica suele vincularla de las más diversas y hasta contradictorias maneras. La revisión histórica de como los juristas definen los referidos conceptos, a veces confundiéndolos, a menudo contraponiéndolos y otras identificándolos, deviene desconcertante para quien trate de abordar esta delicada como espinosa cuestión. Es, sin duda, tarea fatigosa y asaz ardua, aquella de penetrar en el inmenso catálogo de definiciones que sobre aquellas nociones nos muestra la doctrina a través de los tiempos y que ha sido recogida, en su momento, por la legislación comparada.

Resulta, por ello, casi temerario intentar otorgarle a cada una de dichas expresiones los que, a nuestro entender, deberían ser sus precisos alcances. Ello, con propósito esclarecedor a fin de evitar indebidas duplicaciones de vocablos para referirse a un mismo concepto, práctica que es y ha sido, sin duda, fuente de no pocas confusiones sobre todo para quienes, por primera vez, se asoman al estudio de la disciplina jurídica. Como sagazmente apunta Stanzione, las incertidumbres que se presentan en esta materia no se limitan a los contenidos conceptuales sino que ellas se refle-

jan en la terminología adoptada [1].

En este renovado y difícil intento por alcanzar algunas precisiones conceptuales en materia históricamente confusa trataremos, en la medida de lo posible, sustentar nuestras reflexiones, como siempre pretendemos hacerlo, en los supuestos jurídicos a partir de los cuales podamos formular nuestros planteamientos del modo más coherente. En este orden de ideas, fundamentaremos primariamente nuestras reflexiones en personales y antiguas convicciones que nos han servido, invariablemente, para desarrollar diversas cuestiones jurídicas que nos ha tocado abordar a través del tiempo. Es decir, a partir siempre de una descripción de lo que ocurre, de un lado, en la vida singular del ser humano y, del otro, de aquello que realmente acontece en la experiencia comunitaria, es decir, en su dimensión coexistencial. Es así, que intentamos alejarnos, en un primer momento, de cualquier constructivismo puramente conceptual, abstracto, formal, desligado de la realidad coexistencial del ser humano temporal e histórico.

Intuimos, sin embargo, que expresiones como libertad, sujeto de derecho, persona, personalidad y capacidad se refieren a un único ente: el ser humano. Si esto es así, cabe preguntarse sobre la relación que existe entre ellos, así como inquirir si tales términos aluden a diversos aspectos del ser humano que justifiquen su autonomía conceptual, o si más bien se trata de una superposición semántica que no encuentra asidero en la realidad.

2.- SUPUESTOS

a.- La tridimensionalidad del derecho

Como lo hemos sostenido desde siempre [2], el concepto "derecho" alude a la interacción *dinámica* de tres diversos objetos, de heterogénea naturaleza, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. Ninguno de estos objetos, por si sólo, es "el derecho", no obstante lo cual, de otro lado, no puede ninguno de ellos estar ausente si pretendemos

(1) STANZIONE, Pasquale, "Capacitá e minore etá nella problematica della persona umana", Scuola di perfezionamento diritto civile dell'Universitá di Camerino, Camerino, 1975, pg. 34.

(2) En 1950 el autor presentó, para graduarse de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, la tesis titulada "Bosquejo para una determinación ontológica del derecho", en la que planteaba lo que Miguel Reale designaría como "La teoría tridimensional del derecho" en su libro "Filosofía do Direito" publicado en 1953 por la Editorial Saraiva de Sao Paulo. En 1987, los profesores David Sobrevilla y Domingo García Belaunde editaron la mencionada tesis, que había circulado en copias mimeografiadas tanto en el Perú como en el extranjero, bajo el título de "El derecho como libertad" (Lima, Ed. Studium). En este volumen, cuya segunda edición ha aparecido en 1994 bajo el sello editorial de la Universidad de Lima, se llega a la explicación tridimensional del derecho como la interacción dinámica de la vida humana, los valores y las normas jurídicas, tesis a la que, simultáneamente, llegaba el profesor Miguel Reale en el Brasil.

tener una noción global de lo que significa "el derecho". Entre tales objetos existe, por ende, una esencial exigencia unitaria [3].

Pero, si bien para nosotros el planteamiento tridimensional antes expuesto es descriptivo del fenómeno "derecho", en tanto da cuenta de él de modo completo y totalizador, no podemos desconocer, sin embargo, que el elemento primario, aunque no el único, está constituido por la vida humana en su dimensión comunitaria. Y es que "el derecho" es una exigencia del ser humano en cuanto ente estructuralmente coexistencial. Si es imposible concebir al ser humano fuera de la sociedad, es también inimaginable su convivencia sin normas reguladoras de sus conductas intersubjetivas según criterios valorativos.

Dentro de nuestra particular óptica, la visión tridimensional del derecho supera los inconvenientes de los diversos unidimensionalismos, los que han pretendido vanamente explicar "el derecho" reduciéndolo a una disciplina que conoce y se centra sobre un único y solo objeto, con prescindencia de los otros dos.

Hemos dedicado uno de nuestros trabajos, que data de 1990 [4], a mostrar la complejidad de la experiencia jurídica, por lo que cualquier explicación unidimensional del derecho no puede dar cuenta cabal de su rico como plural contenido. En este sentido, hemos descartado, por fragmentarias e insuficientes, las visiones jusnaturalista, formalista y sociologista del derecho. Cada una de ellas significa tan sólo una verdad parcial, nos ofrece una visión restringida del derecho, por lo que ninguna logra abarcar la complejidad de la experiencia jurídica.

Es así que el jusnaturalismo pretende reducir el derecho a una mera especulación sobre los ideales o valores jurídicos, presididos por la justicia, mientras que el formalismo y el sociologismo intentan hacerlo en torno a las normas jurídicas y a la vida humana social, respectivamente. Como lo tenemos dicho, si lo que interesa al hombre de derecho es aprehender la plenitud de "lo jurídico", "se verá inexorablemente obligado a trascender la normatividad para penetrar en la vida humana social y en su consiguiente valoración. Es decir, conocer y valorar primariamente la vida humana interferida a la cual se refiere y, necesariamente remite, la prescripción normativa. Y agregábamos en aquella ocasión que, "de no ser así, el jurista permanecerá solamente en la pura dimensión formal, lo que significa renunciar al conocimiento del derecho tal como se presenta en la experiencia jurídica" [5].

En síntesis, si el jurista se sitúa exclusivamente en alguna de aque-

(3) Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho como libertad", 1a.ed., Studium, Lima, 1987, pág. 68 y pgs. 95 y sgts.

(4) Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho y persona", Inesla, Lima, 1990.

(5) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho y persona", pág. 32.

llas vertientes, no logrará obtener una visión totalizadora y global de "lo jurídico" sino tan sólo se le mostrará una de sus tres dimensiones. Esta recortada y fragmentaria visión del derecho ha de repercutir negativamente cuando se intente cualquier construcción conceptual en torno a una determinada institución jurídica. Ello limita su tarea, pues al no tener esclarecidos los supuestos sobre los cuales ha de basar sus reflexiones, le impedirán, por consiguiente, resolver certeramente las múltiples cuestiones con las que deberá enfrentarse en la cotidianidad de su quehacer de hombre de derecho.

Se nos hace patente, en nuestra condición de docentes, que no es fácil para los iniciados comprender esta reducción conceptual a la *unidad* de tres objetos heterogéneos entre sí, no obstante que se les advierte, reiteradamente, que ello sólo es posible a través de una interacción *dinámica* de dichos elementos. No basta decir, por consiguiente, que en el derecho existen tres objetos estáticamente yuxtapuestos, uno al lado del otro. Para facilitar la comprensión de la "interacción dinámica" solemos, generalmente, ejemplificar este hecho a través de la descripción de lo que significa para el ser humano el concepto "motor". Es decir, hacemos un paralelismo, en cuanto a interacción dinámica se refiere, entre "el derecho" y "el motor".

En efecto, antes de su puesta en marcha, es decir, en situación estática, lo que en estado dinámico podemos designar como "el motor", es sólo para la vida humana un conjunto o yuxtaposición de piezas de naturaleza heterogénea. En este estado podemos extraer o reponer piezas, a nuestro antojo, para observarlas o estudiarlas, sin que por ello suceda nada en lo que, hasta ese momento, es tan sólo una yuxtaposicion de partes de un todo que carece aún de significación valiosa para la vida humana. Es decir, que esa pluralidad de piezas no tiene aún "sentido". O, expresado en otros términos, que tal conjunto de partes no es *útil* para el ser humano. A nadie escapa la importancia del valor "utilidad" para la vida humana.

Sólo a partir del arranque o puesta en marcha de ese "conjunto estático de piezas yuxtapuestas" es que se produce una dinámica interacción entre todas ellas. Sólo, entonces, tenemos conciencia de que nos hallamos ante algo útil, que tiene un sentido para el hombre, es decir, que estamos frente a lo que recién, por la interacción dinámica de sus piezas, adquiere la significación conceptual de "el motor". En este estado dinámico cada pieza juega un indispensable rol o función por lo que no podemos prescindir de ninguna de ellas, ya que si ello ocurriera dejaríamos de estar frente a un "motor". De este modo, por acción dinámica, se reduce a una unidad significativa -el "motor"- lo antes era, y que continuará siempre siendo, una pluralidad de objetos de heterogénea naturaleza colocados uno al lado del otro. Sólo la interacción dinámica de todos los elementos que lo componen permite referirse a lo que la vida humana conoce como "un motor". Igual situación, dentro de otros parámetros, ocurre con lo que desig-

namos como "el derecho". Es decir, que para obtener esta unidad conceptual se requiere la interacción entre vida humana, valores y normas jurídicas.

b.- La bidimensionalidad del ser humano

Como también reiteradamente lo hemos expuesto en las últimas décadas, el ser humano tiene una estructura bidimensional, sin que ello atente contra su esencial unidad. Si bien el ser humano, desde la concepción, es individual -singular, único, no intercambiable, irrepetible, idéntico a si mismo- también es cierto que, simultáneamente, sin negar dicha individualidad -que lo hace ser el que es y no otro- es un ser social, coexistencial, abierto a los demás, con quienes, necesariamente, tiene que "hacer su vida" (6).

De otro lado, en lo que se contrae a la aprehensión de aquéllas dos vertientes de la unidad ontológica en que consiste el "ser humano", no podemos soslayar el luminoso aporte precursor del pensamiento cristiano, desarrollado en el presente siglo por la filosofía de la existencia, principalmente en el período que se extiende entre las dos grandes conflagraciones mundiales del siglo XX. Es mediante las reflexiones de sus más notables exponentes, de Zubiri a Heidegger, de Sartre a Marcel, de Jaspers a Mounier, que se muestra, como nunca antes había sucedido en la historia del pensamiento humano, que el ser del hombre *es* libertad. Es sólo a partir de este instante que se comprende, con más precisión, que la libertad no es sólo, como algunos sostenían, "un atributo" del ser humano sino que ella constituye su propio ser.

Queda atrás, no por inexacta sino por insuficiente, la definición que, a partir de Boecio, en el siglo VI, pasa de generación en generación sin mayor análisis. Nos referimos a la descripción del ser humano como "substancia indivisa de naturaleza racional". Ciertamente que el hombre es racional y se constituye como una unidad sicosomática en torno al "yo". Pero, lo que lo caracteriza, en última y radical instancia y lo diferencia de los demás seres de la naturaleza, es ese *plus* en que consiste su *ser libertad*. Su dimensión espiritual.

Sólo asumiendo al hombre como un ser libre, individual y social al mismo tiempo, comprendemos el indispensable rol del derecho, lo que este significa "en y para la vida humana". El derecho, con sus permisiones y sus prohibiciones, se dirige a seres no sólo dotados de razón -lo que les permite discernir- sino, también, a seres capaces de decidir, de optar, de contraer una responsabilidad, más allá de los humanos condicionamien-

(6) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas", Universidad de Lima, Lima, 1990, págs. 362 y sgts.

tos que determinan la relatividad de la libertad, pero nunca su extinción, la que sólo se produce con la muerte del ser humano.

Luego de lo expuesto nos preguntamos, por enésima vez, ¿qué sentido tendría el derecho si el ser humano, aparte de racional no fuera libre?. E inquirimos, también con pertinaz reiteración, ¿qué sentido o necesidad del derecho existiría si el hombre no fuera un ser coexistencial?. Las respuestas son obvias, son siempre las mismas. De un lado, percibimos con claridad que el aparato normativo, a través de permisiones y prohibiciones, está destinado a regular las conductas intersubjetivas de seres libres, capaces de optar, de decidir cumplir o no con su propio deber. Por ello, las normas jurídicas están formuladas como un "deber ser" propuesto a un ser libre como es el ser humano. De otro lado, las normas jurídicas están dirigidas a regular conductas de seres humanos en relación. Ellas suponen una necesaria relación entre sujetos, cuya estructura es coexistencial. Las normas adquieren sentido en virtud de la convivencia humana.

Por todo lo expuesto en el párrafo anterior, el no comprender al ser humano como un ser libre, singular y social al mismo tiempo, impide al jurista ver con claridad la razón, la necesidad y el sentido del derecho para la vida humana.

El ser humano requiere del derecho. Es una exigencia de orden existencial. De ahí que el derecho integra su propia estructura de ser libre y coexistencial. Por ello, el ser humano crea, ineludiblemente, el aparato normativo del derecho, ya sea consuetudinario o legal, después de una valoración de las conductas humanas, teniendo como fin lograr una pacífica convivencia, que supone el vivenciamiento previo de un plexo de valores, y que se dirige, en última instancia, a la búsqueda del bien común. El ser humano aplica el derecho en su cotidiana convivencia, se somete a sus normas, cumple o incumple con sus propios deberes. Es, en fin de cuentas, su creador, su protagonista, su centro y eje.

Las descripciones que anteceden sobre la estructura bidimensional del ser humano no son superfluas en cuanto al propósito perseguido, cual es el de aproximarnos al concepto de capacidad jurídica. Sólo a partir de tales premisas es que estaremos en mejores condiciones para comprender el sentido y el alcance del concepto de capacidad jurídica y, por consiguiente, establecer la relación existente entre esta capacidad general o de goce y la capacidad especial, de ejercicio, de hecho o de obrar.

Sobre la base de tales descripciones es que hemos llegado, una vez más a lo largo de las últimas décadas, a la conclusión, que se expondrá más adelante, en el sentido que el concepto de capacidad jurídica es unitario, aunque se nos muestre a través de un proceso en dos tiempos. El primero de ellos se da en el ámbito mismo del ser del hombre, en el mundo de su pura subjetividad existencial, identificándose con el ser libertad, mientras que el segundo, atinente a la llamada capacidad de ejercicio, es

su despliegue mundanal, su actuación o su concreta realización en la dimensión de lo intersubjetivo, de lo fenoménico.

3.- DIFICULTADES PLURISECULARES EN TORNO A LA PRECISION CONCEPTUAL DE LAS NOCIONES JURIDICAS FUNDAMENTALES

Cuando en anteriores ensayos hemos intentado desentrañar la madeja conceptual que supone el confuso uso de los términos antes aludidos -libertad, sujeto de derecho, persona, personalidad y capacidad- comprendimos la enorme dificultad que significa abordar la materia, tanto por su propia naturaleza como por el caudal de posiciones que sobre el particular nos muestra la historia del pensamiento jurídico a través de los tiempos. Ello, a menudo, nos ha causado desaliento, nos ha hecho abandonar, transitoriamente, nuestra insaciable curiosidad intelectual, nuestra apetencia por encontrar, de ser posible, el autónomo significado de cada una de las expresiones anteriormente citadas, cuya trascendencia para la comprensión del derecho no puede pasar desapercibida.

Nuestra constante preocupación por el crucial tema de la interconexión o de las relaciones, distinciones o identificaciones, de todos o de algunos de los cardinales conceptos de libertad, subjetividad, persona, personalidad y capacidad, se hizo patente, con mayor intensidad, en decisivos y precisos momentos de nuestra reflexión jurídica. Recordamos que el asunto se nos presentó como apremiante problema a resolver, fundamentalmente, cuando preparábamos nuestra tesis para optar el Bachillerato en Derecho, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta y, posteriormente, cuando tuvimos que redactar nuestra tesis de Doctorado, en la segunda mitad de los años cincuenta. Es decir, cuando inexorablemente estábamos constreñidos a tomar una determinada posición sobre el tema.

El mismo problema reapareció cuando elaboramos la ponencia que serviría de base para la aprobación, por las Comisiones Reformadora y Revisora del Código civil, del que sería el articulado del Libro Primero, Derecho de las Personas, de nuestro Código Civil de 1984. En esa oportunidad no quedamos satisfechos con la solución del problema que tales Comisiones le otorgaran a través de la redacción que se aloja en su artículo tercero, a cuyo texto nos referiremos más adelante.

El problema resurgió cuando en el umbral de los diez años de entrada en vigencia del Código, nos dedicamos a revisar críticamente su contenido con el propósito de plantear las enmiendas a su texto que el transcurrir del tiempo y los avances de la ciencia aconsejaren. Fue en esta reciente oportunidad que volvimos a meditar sobre los alcances del mencionado art. 3 de este cuerpo legal, el mismo que a la letra dice: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente es-

tablecidas por ley".

Fue en dicha ocasión que repropusimos el punto de vista que sostuviéramos, en un lejano 1961, en el acto de la exposición de nuestra tesis doctoral. Es decir, en el sentido de negar la dualidad del concepto de capacidad jurídica y concebirla más bien, en atención a la naturaleza misma del ser humano, en un único concepto que comprende un proceso en el cual se podían advertir dos momentos. Uno, de carácter subjetivo, inherente al ser mismo del hombre y, otro que suponía el despliegue fáctico, concreto, de dicha capacidad intríseca al ser libertad. Es decir, un momento fenoménico, que se constituía a través del ejercicio o actuación de dicha potencial capacidad propia del ser libertad que es, por lo demás, la única que interesa al derecho positivo.

Al revisar, en la década de los años sesenta, los antecedentes sobre los alcances otorgados históricamente por la doctrina y la legislación comparadas a los conceptos de libertad, sujeto de derecho, persona, personalidad y capacidad [(7)], advertimos, con perplejidad y desconcierto, que el caudal de opiniones sobre la materia era no sólo plurisecular, sino también discordante. En especial, en cuanto a la idenficación o distingo entre las nociones de capacidad jurídica, o de goce, y la capacidad de ejercicio, o de hecho. Y, lo que es importante señalar, las incertidumbres y vacilaciones que exhibe la doctrina no se limitan a los contenidos conceptuales sino que se reflejan, de modo elocuente, en la terminología utilizada por los juristas y que se concreta en la normatividad.

No es posible, por ello, dejar de penetrar en la maraña conceptual que surge ante nosotros cuando afrontamos la materia en referencia. Para este complicado viaje a través del tiempo y las innúmeras posiciones sostenidas al respecto, es indispensable estar premunido de un medular bagaje de ideas, lo más claras posibles a nivel del desarrollo y los aportes de la antropología filosófica sobre lo que es el ser humano y su desenvolvimiento en la experiencia coexistencial. Sólo a partir de este esquema es que podemos emprender, sobre la base que ofrece un adecuado sustento conceptual, el nada fácil análisis de las diversas opiniones que históricamente se han vertido sobre el particular con el propósito de intentar deslindar las fronteras conceptuales que pudieran existir entre los conceptos fundamentales del derecho a los que hemos aludido en precedencia. Es por esta razón que nos hemos detenido, en la parágrafo 2 anterior, a establecer los supuestos a partir de los cuales iniciaríamos la indagación materia de este trabajo.

(7) Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La noción jurídica de persona", Universidad Nacional Mayor de San Mrcos, Lima, 1962.

4.- LA PRECISION EN CUANTO A LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES: ¿ UN PROBLEMA SIN SOLUCION ?

Una sintética visión histórica de la temática planteada nos muestra que la precisión de aquellos medulares conceptos ha constituido para los juristas empeñados en el deslinde teórico de las instituciones jurídicas, un problema constante y un reto permanente, de orden prioritario, que ineludiblemente deberían afrontar. El explicable afán de los juristas por desentrañar la materia ha originado diversas construcciones conceptuales que, por lo general y a nuestro entender, han carecido de una claridad en su base, es decir, en cuanto a los supuestos del derecho a partir de los cuales deberían sustentar dichas construcciones. Somos del parecer que, para afrontar la materia con originalidad y coherencia, más allá del éxito o del fracaso de la expedición intelectual, no es posible prescindir de una visión previa de aquéllo en que consiste el ser humano, en tanto esta concepción es el sustento del derecho. Si el derecho es "en" y "para" la vida humana social, ninguna construcción conceptual puede dejar de fundamentarse en esta realidad.

Si se carece de esta base de partida, puede ocurrir que el jurista haga un viaje "a ciegas", sin brújula conceptual, o que se sustente en intuiciones más o menos lúcidas o, simplemente, que reitere viejos esquemas recogidos a través del paso de las generaciones.

En otros casos, es fácil advertir que se ha utilizado un presupuesto insuficiente, como sería el suministrado por una visión exclusivamente formalista-positivista del derecho que conduce, inexorablemente, a considerar que la capacidad es sólo una atribución formal del derecho positivo. Es decir, que la conclusión está en este caso condicionada desde su origen por dicha unilateral visión de lo jurídico.

Es obvio que toda elaboración conceptual en la dimensión de lo jurídico debe sustentarse en presupuestos previamente esclarecidos y asumidos por el jurista antes de emprender cualquier aventura del pensamiento, indagación científica, diseño institucional o interpretación normativa. Si el derecho está en función de la vida humana social, debemos adecuar la estructura conceptual-normativa a esta realidad previamente conocida y valorada por el jurista sobre la base de los aportes de la jusfilosofía y de sus propias vivencias.

Somos del parecer, luego de una revisión histórica sobre el asunto referido en el párrafo anterior, que con frecuencia no se ha tenido presente, de parte de los juristas al formular sus construcciones conceptuales, la realidad primaria de lo jurídico, que no es otra cosa que la experiencia de la vida social. Es decir, que lo jurídico se nos presenta siempre y necesariamente como experiencia del ser humano social, el mismo que es el único que vivencia valores y crea, a partir de ellas, normas jurídicas reguladoras de la convivencia comunitaria. La interacción dinámica en que con-

siste "el derecho" (ver & 2) tiene como escenario, no el mundo de las espectrales elucubraciones conceptuales, sino la experiencia jurídica, en la cual se dan conductas humanas intersubjetivas que se valoran para su prescripción normativa. Es sólo en este momento que el jurista está en condiciones de penetrar en el ámbito de la dogmática jurídica, de las construcciones conceptuales.

En el alud conceptual producido en este específico asunto se advierte que el tema, a pesar de su decisiva importancia para la sólida fundamentación de una coherente dogmática jurídica, ha dado lugar a escasos momentos de repensamiento. Cuando ello se ha producido, las reflexiones suscitadas han pecado de un explicable exceso de cautela. Ello ha hecho que, por lo general, los conceptos tradicionales se hayan transmitido de una generación a otra sin adoptar frente a los mismos una actitud crítica.

Se observa, al respecto, que el proceso de precisión conceptual que nos ocupa ha despertado poco entusiasmo de parte de los juristas. En general, es elocuente el desinterés teórico por indagar en cuanto al significado de conceptos que resultan básicos para su disciplina, como son los de libertad, subjetividad, persona, personalidad y capacidad. Todo ello puede tal vez haber ocurrido por el hecho que los científicos del derecho han carecido, a menudo, de un adecuado y suficiente instrumental jusfilosófico que les sirviera de seguro fundamento para sus construcciones dogmático-conceptuales. Algunos de ellos, probablemente, no han sentido la necesidad de esclarecer los supuestos del derecho, se han desinteresado en cuanto a asumir una posición que le sirviera de fundamento a su labor. Ello, probablemente, por su desconfianza en la validez de la jusfilosofía o por considerarla inútil para sus fines pragmáticos. Si esto ocurriera, consideramos que se estaría incurriendo en un ostensible error.

El principal vacío que, con frecuencia, se aprehende en las meditaciones de los juristas sobre tan decisiva temática es la falta de una antropología filosófica que les muestre, a la altura de nuestro tiempo, la naturaleza y estructura del ser humano, que no es nada menos que el sujeto a proteger normativamente. Si el jurista no posee suficiente claridad en esta materia, se ha de encontrar limitado por su relativo desconocimiento de las características del ente a tutelar por la dimensión formal del derecho. Si no se tiene presente la calidad ontológica de *ser libre* del hombre -pese a los condicionamientos que la hacen relativa- ni se capta su bidimensionalidad, no es posible, en nuestro concepto, llegar a comprender a cabalidad la respuesta tridimensional que permite una visión global y totalizadora del derecho, la misma que proporciona al jurista una base sólida para su discurrir conceptual en torno a las instituciones jurídicas.

Si los juristas no llegan a captar la libertad, como ser mismo del hombre ni su dimensión coexistencial, no podrán comprender la razón del "*deber ser*" el derecho, tan caro a Kelsen. La libertad y la coexistencialidad

del ser humano hacen posible, como se ha remarcado, que el ordenamiento jurídico positivo, en tanto regula conductas intersubjetivas de seres libres, establezca permisiones y prohibiciones. Si el ser humano sólo fuese racional -según la clásica definición de Boecio- pero no libre ni coexistencial, carecería de sentido proponerle permisiones o prohibirle determinados comportamientos. Esta actitud sólo se asume frente a un ser capaz de decidir. Es decir, ante un ser libre.

De otro lado, si sólo se tiene del ser humano una visión individualista, que sólo atiende a su *ego*, desconectado de los demás, fuera de la comunidad, aislado, incomunicado, no se podrá comprender la necesidad existencial del derecho. Esta comprensión sólo será posible si se aprehende su bidimensionalidad estructural donde, sin dejar de reconocer que el individuo *es el que es y no otro*, no es dable captarlo sino desplegado en la dimensión coexistencial. El derecho es una exigencia existencial de seres libres y coexistenciales. El hombre absolutamente individual, singular, incomunicado, es sólo una abstracción. Ello no se da en la realidad donde observamos la necesidad de convivir, donde se aprecia que el individuo singular, sin dejar de ser el que es, requiere de los demás para hacer su vida.

Tal vez el desinterés o la ausencia de claridad sobre los supuestos de la disciplina jurídica haya contribuído, en importante medida, a que los juristas no hayan encontrado una respuesta satisfactoria y concordante sobre los contenidos de conceptos medulares del derecho, como son los de libertad jurídica, sujeto de derecho, persona, personalidad y capacidad. Nuestro esfuerzo consiste, precisamente, en ensayar un esclarecimiento de contenidos y de relaciones entre tales nociones a partir de los supuestos a los que hemos hecho referencia en líneas precedentes (ver & 2).

Por lo expuesto, somos del parecer que la limitación más importante, en cuanto a la definición de tales nociones fundamentales ha sido la ausencia, a nivel de la ciencia jurídica, de una mayor comprensión de la estructura del ser humano -en cuanto centro y eje del derecho- en su real dimensión de ser libre y coexistencial, de conformidad con los aportes que nos ofrece la más reciente filosofía antropológica. De ahí que la naturaleza y estructura ontológica del ser humano no ha gravitado, primordialmente, cuando se ha tratado de precisar los alcances de cada uno de los términos de este tan importante abanico conceptual. De haberse ello producido, nos atreveríamos a sostener que tal vez se hubieran ahorrado, por lo menos a partir de la década de los años cuarenta del siglo actual -en que tales conocimientos de antropología filosófica se difundieron en el mundo- muchos vanos esfuerzos puramente constructivistas y se habría advertido, sin duda, la a menudo innecesaria duplicación de términos.

Podríamos sintetizar la cuestión expresando que las construcciones conceptuales se han elaborado sin partir de la realidad del ser humano,

eje y centro del discurrir jurídico, lo que ha conducido al error de formular conceptos que no se han verificado en la experiencia de lo vivido.

5.- BREVES APUNTES HISTORICOS SOBRE LA CAPACIDAD

Si nos asomamos al flujo temporal de la historia del derecho, advertimos las oscilaciones del pensamiento jurídico en cuanto al tratamiento de los conceptos de libertad, subjetividad, persona, personalidad y capacidad. Y, específicamente, entre las llamadas capacidades de goce y de ejercicio.

Es dable constatar como en ciertos momentos de la historia se intenta diseñar una diferenciación conceptual entre tales nociones, o entre la mayoría de ellas. Algunas veces las distinciones son marcadas, otras, en cambio, son sutiles. Pero, por lo general, la tendencia ha sido la de absorber en un sólo concepto la mayoría de los demás. Se exceptúa de este planteamiento, por lo general, la vigente y casi no discutida dicotomía entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de ejercicio o de hecho.

Como es sabido, los romanos no fueron partidarios de las elucubraciones teóricas. Su principal preocupación consistió en encontrar soluciones justas frente a situaciones concretas. Es por ello, como nos lo recuerda Sciascia, que no existe en el derecho romano una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, "entendida como aptitud de un sujeto a ser, sea activa como pasivamente, titular de relaciones jurídicas". El concepto de capacidad, como lo señala el autor, "se especifica y se fragmenta en concretas relaciones, con la característica de ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo" (8).

En la Edad Media no se registran mayores progresos en cuanto al tema de la capacidad jurídica, con excepción de los revolucionarios planteamientos del cristianismo en torno a la noción de persona.

Es sólo en el siglo XVI donde aparecen las primeras disquisiciones, a nivel de la doctrina, sobre los conceptos técnico-jurídicos en torno a las nociones de persona, personalidad y capacidad, términos todos ellos muy ligados entre si. Esta elaboración conceptual se encuentra en estrecha relación con el *status* o posición que el hombre ocupa en la vida de relación jurídica. En este momento histórico queda atrás, sin embargo, la única clasificación tripartita del *status* de los romanos. Aparte del *status libertatis, civitatis* y *familiae*, aparece el denominado *status naturalis*, que es un concepto amplio, comprensivo, en el que se involucran, aparte de estas especificas situaciones, otras que son propias de la vida de relación del sujeto en sociedad. Entre ellas cabe mencionar al sexo, la edad, la salud mental, las mismas que influyen en la posición jurídica del ser humano.

(8) SCIASCIA, Gaetano, "Capacità giuridira. Diritto romano", en "Novissimo Digesto Italiano", Il, UTET, Torino, 1958, pág. 869.

El pensamiento cristiano acuña, sin embargo, una noción aún más amplia que la del *status naturalis*, como es la del denominado *status moralis*. Al formularse esta nueva visión genérica de *status*, el pensamiento jurídico se aproxima a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta en cuanto a la posición jurídica del hombre en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del ser humano, a los cuales las normas otorgan efectos jurídicos. Es decir, a la aptitud del sujeto a ser titular de derechos y deberes (o, mejor, de situaciones jurídicas subjetivas).

No obstante, hasta este instante dentro de la evolución del pensamiento jurídico se advierte que el discurso de los juristas suele diferenciar, como si fueran dos entes distintos, al hombre en su estado natural -al ser humano en su auténtica dimensión- de la persona, es decir, de un ser humano limitado en la medida que sólo se le aprehende como sujeto del ordenamiento jurídico positivo. Aparece así en el pensamiento de los juristas un doble carril, una dicotomía en cuanto a la noción del ser humano. El derecho sólo abarca, regula o comprende, aquello que del hombre es normado por el ordenamiento jurídico positivo. Existen, en consecuencia, dos situaciones diferenciadas en cuanto al ser humano: el natural y el personal u *homus juridicus*. Nos encontramos así frente a una bipolaridad de valoraciones entre dos seres que, siendo esencialmente uno, aparecen incomunicados. Utilizando un lenguaje contemporáneo podríamos designarlos, respectivamente, como ser humano y persona. El primero sólo sería sujeto del derecho natural, mientras que el segundo lo es del derecho positivo.

Esta deformación en cuanto al sujeto de derecho -que es sólo y siempre el ser humano en su total dimensión- es producto del pensamiento que suministran las escuelas del derecho natural y del formalismo o positivismo jurídico. Ambas corrientes de pensamiento, como se ha precisado en su lugar, nos ofrecen visiones parciales del derecho y su sujeto. La desviación en cuanto a la aprehensión del ser humano como sujeto del derecho, es sólo posible superarla en la primera mitad del presente siglo gracias al aporte de una visión integral del derecho, como es la que nos ofrecen el tridimensionalismo jurídico y la filosofía de la existencia que le sirve de fundamento.

En efecto, frente a una doble visión del ser humano o a una óptica jurídica limitada por la influencia del positivismo, se alza una concepción que, sobre aquellas bases doctrinarias, sostiene que el ser humano es sujeto de derecho en todas y cada una de sus actividades, comportamientos o conductas intersubjetivas. La totalidad del ser humano es sujeto de derecho, aunque determinada conducta no se halle comprendida por una norma del ordenamiento jurídico positivo.

Debe tenerse presente que toda conducta humana intersubjetiva puede ser valorada como justa o injusta -o vivenciada de conformidad con

otros criterios valorativos- aplicándosele, a falta de normas específicas a ellas referidas, los llamados principios generales aprehendidos en otras fuentes del derecho. De ahí que el juez esté obligado a sentenciar aún en casos de ausencia u obscuridad de las normas.

De otro lado, debe también considerarse, en última instancia, la gravitación del axioma jurídico que postula que "todo lo que no está específicamente prohibido está, permitido, salvo que atente contra la moral o el orden público" (9). Es así que saludar a un amigo en la calle, por ejemplo, es una conducta permitida ya que no se halla específicamente prohibida por norma alguna ni atenta contra la moral o el orden público.

En síntesis, el ser humano, en su total dimensión, es siempre y en cualquier cicunstancia, sujeto de derecho. No cabe pues seguir considerando que sólo determinadas conductas del ser humano son jurídicas mientras que otras son irrelevantes para el derecho. Como el derecho no se agota en la ley sino que, como se ha señalado, es una exigencia existencial del ser humano y como éste es vivenciador y substrato de valores, toda conducta del ser humano puede ser valorada y, por ende, ser considerada como lícita o ilícita a la luz del ordenamiento jurídico positivo, de los principios generales o cono consecuencia de la aplicación del axioma jurídico antes mencionado.

6.- SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA

La decadencia del Iluminismo con su influencia en el pensamiento jurídico coincide históricamente con la aparición en el mundo del derecho del concepto de capacidad jurídica. Falzea atribuye a Thibaut, en 1803, el haber sido el primer jurista en utilizar esta expresión (10).

Como apunta Stanzione, si se tiene del *status* una noción "extremadamente genérica por la cual con este término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es difícil llegar a la conclusión que el estado determina la aptitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos". Esta estrecha conexión entre ambos conceptos, como señala el autor, es advertida por la doctrina francesa, parte de la cual no duda en "construir tal relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*", ya sea que se comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal -o sea entendiéndola tanto como capacidad jurídica general o de goce- y como capacidad de ejercicio". En la doctrina inglesa se observa, con mayor precisión, una vecindad conceptual entre los conceptos de *sta-*

(9) COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 403 a 408.

(10) FALZEA, Angelo, voz "Capacità" (teoria generale), en "Enciclopedia del diritto, VI, Milán, 1960, pág. 12, nota 13.

tus y de capacidad de ejercicio [11].

La conexión antes referida explica cómo en el lenguaje jurídico, especialmente en el legislativo, aparezcan simultáneamente ambos términos sin que por ello se les llegue a identificar.

7.- SER HUMANO Y LIBERTAD JURIDICA

a.- Conveniencia de la unificación del lenguaje jurídico

Estimamos que debe intentarse unificar, hasta donde sea posible, el lenguaje jurídico. Muchas de las confusiones y perplejidades existentes se explican, a nuestro entender, por una carencia de precisión terminológica. Al haber repensado en tiempos recientes la temática relativa al sujeto de derecho y a la persona, hemos intentado reflexionar sobre la materia con el propósito de lograr cierta precisión en este terreno, obviamente a partir de nuestros supuestos.

En primer término, consideramos necesario, cuando el manejo del idioma lo permite, no hacer una referencia a la expresión hombre -cuya única utilización marginaría a la mujer- sino comprender con el término de *ser humano* tanto a uno como a la otra. Ello significaría un primer deseable paso en la unificación del lenguaje jurídico, que tanta falta nos hace a los que transitamos por los predios jurídicos.

b.- Los dos tramos o instancias de la libertad

La existencia, como anota Sartre, implica libertad y ésta "no es una cualidad sobrecargada o una propiedad de mi naturaleza; es muy exactamente la tela de mi ser" [12]. Zubiri apunta, por su parte, que la existencia es la situación ontológica de quien existe desde el ser. La libertad hace posible el quehacer vital humano, sustenta la dimensión estimativa o valorativa y la capacidad de comunicación de la persona así como fundamenta su permanente proyectar y su movimiento de trascendencia [13].

Todo ser humano, por *ser libertad*, no sólo puede adoptar decisiones y formular, por consiguiente, su proyecto de vida [14], pero ello de nada le valdría si es que esta instancia radical de la libertad, que tiene por escenario el fuero íntimo de la persona, no se concretara fenoménicamente, no se tradujera en conductas intersubjetivas. La libertad posibilita a cada ser humano tanto decidir y optar por un proyecto de vida como realizarse,

---

(11) STANZIONE, Pasquale, "Capacitá e minore etá nella problematica della persona umana", pág. 23, nota 16.

(12) SARTRE, Jean Paul, "El ser y la nada", III, Ed. Poblet, Buenos Aires, 1977, pgs. 18 y 20.

(13) ZUBIRI, Xavier, "Naturaleza, Historia, Dios", Ed. Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 390.

(14) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho como libertad", pág. 59 y sgts.

vivir, ser autor de su propia biografía, ser él mismo y no otro.

La dignidad del ser humano deriva de su ser libertad. De esa libertad que le permite realizar su propia existencia. La dignidad del ser humano radica, precisamente, en que, por ser libre, no obstante ser igual a los demás seres de su especie, no es idéntico a ninguno. Es, por ello, un ser único, singular, no intercambiable, no estandarizado. Cada uno "es el que es" y "no otro". Al hacerse patente este aspecto de la estructura del ser humano, un sector de la doctrina ha teorizado, de reciente, sobre la identidad personal, tanto en su vertiente estática como en aquella dinámica. Por su parte, también a través de cierta jurisprudencia de algunos pocos países se ha empezado a proteger, aunque aún aisladamente, este decisivo interés personal que todavía no ha sido recogido por la normatividad, con excepción de la Constitución peruana de 1993 que, con acierto, lo ha considerado como uno de los derechos fundamentales de la persona [(15)].

Es importante destacar, para una mejor comprensión de la capacidad jurídica, la doble instancia o los dos tramos de la libertad, no obstante que ella constituye una unidad existencial en la vida humana. Como se ha referido en precedencia, puede apreciarse en la libertad una instancia puramente subjetiva, perteneciente a la intimidad del yo, que consiste en el momento en que el ser humano *adopta una decisión*, proyecta una determinada conducta. Esta decisión, que constituye la primera instancia o tramo del proceso de la libertad ontológica, es una mera *potencialidad* en tanto tal decisión se mantiene en el fuero interno del sujeto, sin que aún se convierta en acto y se manifieste en el mundo exterior mediante determinados comportamientos que intentan concretarla como realización de la persona.

El segundo tramo o instancia de la libertad está representado por su real y efectivo *ejercicio*, por su extroversión y presencia en el mundo a través de actos, comportamientos o conductas del ser humano. En esta instancia es posible que la decisión adoptada en el fuero interno del sujeto se cumpla, se logre o realice a través de la conducta humana -que es, por ello, libertad fenomenalizada- o, por el contrario, dicha decisión se frustre, no se realice, en cuanto la persona no ha sido capaz de superar los múltiples condicionamientos -endógenos y exógenos- que la constriñen y limitan.

La libertad es proyectiva. El ser humano, al decidir, prefiere alguna de las alternativas que se le presentan en el horizonte de sus posibilidades existenciales. Para optar, para decidir, requiere valorar. El ser humano, por ello, vivencia valores antes de inclinarse por alguna opción existencial. De ahí que el hombre se constituya como un ser *estimativo*. Es decir, como el único ser capaz de vivenciar valores.

---

(15) Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

c.- Los condicionamientos de la libertad

La libertad está condicionada por el deber jurídico genérico de respeto a la libertad ajena, por la moral y el orden público. Este es el marco jurídico dentro del cual se ejerce la libertad.

Además del marco genérico en que se desarrolla o despliega temporal y fácticamente la libertad constitutiva del ser humano, deben tenerse en cuenta los múltiples condicionamientos que surgen de la propia envoltura sicosomática y aquellos que se presentan en el mundo exterior.

Los condicionamientos endógenos son aquellos que provienen de la propia envoltura sicosomática de la persona. En esta hipótesis es el cuerpo o algún mecanismo síquico los que impiden la realización de una decisión libre. Paradójicamente, los mismos instrumentos sicosomáticos que permiten que una decisión libre se convierta en acto, son los mismos que, en otras circunstancias, frustran dicha decisión. Es el cuerpo, en sí mismo, o las capacidades intelectuales, los sentimientos o la voluntad del sujeto, los que alzan contra un proyecto de vida impidiendo su realización fenoménica. Cuando nos referimos a estos condicionamientos no podemos dejar de mencionar, obviamente, al genoma humano.

Podemos utilizar unos simples ejemplos para ilustrar como la envoltura sicosomática puede frustrar la libre decisión del ser humano. Así, si alguien decide ser campeón de cien metros planos, en el *ejercicio* de esa libre decisión, debe valerse del instrumental que le ofrece su envoltura sicosomática. Ello, mediante un esfuerzo físico, una voluntad puesta a su servicio a través de un disciplinado entrenamiento y la observación de precisas reglas y hábitos de vida. Pero, además, ha de necesitar de los otros y de las cosas para que tales entrenamientos se realicen, por ejemplo, bajo las órdenes de un calificado entrenador, utilizando una óptima pista de atletismo y aprovechando el momento más propicio para ello. En estas circunstancias, es decir, en el ejercicio de su libre decisión, puede ocurrir que su proyecto se frustre en tanto no encuentra en su cuerpo las condiciones que son propias de un corredor de distancias cortas. Puede suceder, en cambio, que la persona si bien cuenta con las características físicas más adecuadas para cumplir su decisión carece, sin embargo, de una firme voluntad para entrenar disciplinadamente y llevar una vida ordenada. En esta último caso, ya no será el cuerpo sino su débil voluntad la que frustre el proyecto.

En otra circunstancia, si alguien decide ingresar a una universidad para estudiar matemáticas, puede que ello no se logre porque el sujeto carece de las condiciones intelectuales que se requieren para estudiar esa especialidad o porque no tiene la voluntad necesaria para prepararse adecuadamente o porque sus sentimientos lo traicionan.

Dentro de los elementos endógenos con que debe contar la persona para la realización de su proyecto de vida se halla el pasado. Es la experien-

cia acumulada en el transcurrir del tiempo existencial del sujeto la que lo impulsa o condiciona. El pasado es como un trampolín del que se vale la persona para lanzarse al futuro. Así, si una persona carece de instrucción porque no fue nunca a la escuela, a pesar que lo decida libremente, no estará en las mejores condiciones para realizar cierto tipo de trabajo intelectual que exige determinados conocimientos que deberían haberse obtenido en el pasado de la persona. Es decir, el sujeto debería poseer un cierto grado de cultura.

Pero, así como nuestra envoltura sicosomática puede condicionar nuestras decisiones frustrándolas en el tramo de su ejercicio, existen otros factores exógenos que pueden actuar como elementos contrarios a la concreción de una decisión libre. Es decir, de un elemento que no tiene como origen la inmediata envoltura sicosomática del ser humano sino un factor instalado en el mundo exterior. Se trata, en este caso, de los "otros" o de las cosas. Dentro de estos condicionamientos exógenos es muy importante señalar aquellos, muy frecuentes, que proceden de la situación económica, familiar o social de la persona.

En cuanto a la acción de estos factores exógenos podemos también señalar, a modo de ilustración para los que por primera vez se introducen en el tema, algunos ejemplos por banales que parezcan. Es así que nadie, a pesar de que lo decida libremente, puede atravesar una pared de concreto sin contar con ningún otro instrumento que no sea su propio cuerpo, ni se puede batir un récord mundial de lanzamiento de jabalina usando un artefacto que no está óptimamente fabricado para lograr tal fin. En estos ejemplos son las "cosas" del mundo las que impiden el *ejercicio* de mi libertad.

De otro lado, nadie podrá ser congresista si no obtiene un determinado número de adhesiones concretadas en una votación suficiente para convertir en acto su decisión política. En esta situación el condicionamiento está expresado a través de la actitud de los "otros".

De lo expuesto se concluye que la libertad absoluta no existe. Se suelen mencionar hasta tres límites absolutos de la libertad. Nos referimos al pasado, al cuerpo y a la inserción en un momento determinado de la historia. A su lado, como señala Vilanova, existen otros muchos condicionamientos que son relativos. Es decir que "si bien en un momento dado pueden aparecer como infranqueables, son superables por el ejercicio mismo de la libertad que parecen limitar" [16].

(16) VILANOVA, José, "Elementos de Filosofía del Derecho", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, pág. 118.

d.- Analítica de la "circunstancia"

Como lo refiere Heidegger, el hombre es un "ser en el mundo" (17). Es en el mundo donde el ser humano encuentra a los "otros", con los que necesariamente realiza su vida, y a las cosas. Es este entorno, al que Ortega y Gasset denominó "la circunstancia", en la que cada ser humano está inserto. Julián Marias hace un análisis de los ingredientes que el hombre encuentra en su "circunstancia", aunque involucra en ella también a la envoltura sicosomática Al efecto señala: a.- el contorno físico compuesto por las cosas que están presentes a los sentidos; b.- el contorno físico, que, sin estar presente a nuestros sentidos, lo "suponemos", es decir, se trata de un horizonte de latencia al cual nos remiten las cosas que tenemos ante nosostros; c.- el cuerpo, que no es intercambiable porque nos está permanentemente adscrito, a través del cual tratamos y nos comunicamos con los demás y con las cosas; d.-las vidas de los "otros"; e.- la sociedad, *strictu sensu*; f.- los objetos naturales que aparecen ante nosotros no sólo como fragmentos del mundo físico sino que se nos presentan como huellas o rastros de la actividad humana poseyendo "un sentido", es decir, vida humana objetivada; g.- el nivel histórico al que se ha llegado, tanto como pretérito, como horizonte abierto, es decir, como futuro; h.- los hombres que fueron, los muertos que vivieron con nosotros; i.- las creencias; j.- nuestra vida síquica; k.- el horizonte de mi "circunstancia", es decir el carácter limitado y finito de la vida; y l.- el horizonte escatológico, lo que designamos como el "más allá" (18).

e.- La temporalidad del ser humano

Es importante señalar, a propósito del ser humano, que él se halla situado en el tiempo, tanto físico como existencial. Entiéndese por tiempo físico el tiempo universal, que se concreta en los calendarios y en los relojes y que tiene como horizonte el infinito o, si se prefiere, un futuro impredecible. Tiempo existencial, en cambio, es el de mi propia vida, desde la concepción hasta la muerte, que significan un fatal alfa y omega de la vida humana. Es por ello que, como lo advierte Heidegger, el hombre es tiempo. Es decir, se trata de un ser temporal y, por ello, histórico. El tiempo hecho existencia es, según el filósofo germano, "la raíz de todo saber y de toda ciencia". Y precisa que el "análisis de la historicidad del *ser ahí* trata de mostrar que este ente no es temporal por estar dentro de la historia, sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente por ser temporal en el fondo de su ser" (19).

---

(17) HEIDEGGER, Martín, "El ser y el tiempo", Ed. Fondo Económico, México, 1951, pgs. 16 y 49.

(18) MARIAS, Julián, "Introducción a la filosofía", Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1947, pág. 339 y sgts.

(19) HEIDEGGER, Martín, "El ser y el tiempo", pág. 433.

El ser del hombre es, de suyo, tiempo existencial y, simultáneamente, se encuentra inserto en el tiempo universal.

El proyecto existencial tiene como condición la temporalidad. En el presente decidimos nuestro quehacer futuro. En este instante contamos con el pasado que sobrevive "bajo forma de estar posibilitando el presente" (20). Del mismo modo, como el pasado está dado en el presente, el futuro también lo está, porque siendo lo que aún no es, sus posibilidades están ya dadas en el presente.

f.- Precedencia existencial de la libertad

Por todo lo expuesto, es comprensible que una decisión libre necesita ser racionalizada, sentida y puesta en marcha a través de la voluntad, valiéndonos, además, de nuestro cuerpo, la solidaria acción de los "otros" y utilizando las "cosas" que nos ofrece el mundo exterior.

La envoltura sicosomática del ser libre es, como está dicho, indispensable para la concreción fenoménica de sus decisiones. No puede, por tanto, confundirse una instancia radical, como es la de la libertad, con el instrumental sicosomático del que se vale para ejercitarla, para convertir en comportamientos tales decisiones. La libertad, en este sentido, *precede existencialmente* a la razón, a los sentimientos y a la voluntad, de los cuales se vale a título instrumental.

La situación del ser humano, suscintamente antes referida, al mismo tiempo que le permite "ser el que es", fenomenalizar su proyecto de vida, lo constriñe, lo condiciona, lo limita. Ello hace que la libertad, como se ha referido, no sea absoluta, sino condicionada, tanto genética como ambientalmente. La habilidad de cada ser humano consiste, por ello, en calcular, calibrar, medir, la real posibilidad de transformar en actos, en realizaciones, su potencialidad de ser libre.

Es de advertir que el condicionamiento de una decisión libre, que conduce a su frustración a nivel de su ejercicio, depende generalmente de un conjunto de elementos, tanto endógenos como exógenos, aunque a menudo resulte predominante la acción de alguno de ellos en particular.

g.- Toma de conciencia de la libertad

La libertad sólo se hace patente en la conciencia del ser humano en contados momentos de su existencia. Nos referimos a aquellos escasos instantes en la vida de un ser humano en los cuales una decisión es de tal trascendencia que compromete su futuro, su destino, es decir, que gravita hondamente en su existencia. La libertad se "muestra" a la persona cuando ella, en situaciones límites, hace patente lo más hondo de su ser. La

(20) ZUBIRI, Xavier, "Naturaleza, Historia, Dios", pág. 347

experiencia de la libertad estremece al hombre de raíz y lo sume en la "angustia" existencial, que es la sensación raigal que invade al ser humano al sentirse libre.

Con referencia a la toma de conciencia de la libertad, debe advertirse que ella se vivencia en la angustia. Aquella radical angustia que compromete, desde su raíz, la integridad del ser humano en cuanto él se encuentra, en este supremo momento, frente a su personal e intransferible responsabilidad. Su destino depende, en este supremo momento, exlusivamente de la decisión que adopte. Es pues en la vivencia de la angustia existencial donde se hace patente la libertad. La libertad que, al decir de Mounier, "se vive, no se ve" (21).

Finalmente, cabe señalar que la libertad, por más condicionada que se halle -aún en los estados de sometimiento o sujeción a otros, de esclavitud o de encarcelamiento- nunca se pierde, ya que ello equivaldría a liquidar al ser humano en lo que él consiste. Es decir, sólo con la muerte se destruye al ser humano, que *es* libertad. Por ello, nunca hemos comprendido el lenguaje de la doctrina o de la legislación penal que expresa que, en ciertos casos, la pena supone "la *privación*" de la libertad. En realidad, ello no suele acontecer mientras el ser humano tenga vida, por lo que sería más preciso designar esta sanción como de limitación o restricción ambulatoria de la libertad, con todo lo que ella conlleva para la vida del ser humano.

Yo, lo que es grave, muchos seres humanos pasan por el mundo, viven su vida, sin ser conscientes de su libertad, no obstante que, alguna vez, puedan comportarse realmente como seres libres. Y, no es nada infrecuente, el que otros tantos seres humanos, incapaces de soportar el sentido de responsabilidad que entraña la libertad, abdiquen de ella en favor de "otros", como podrán ser los progenitores, el cónyuge, el maestro, el jefe. Sólo se puede abdicar de la libertad a través de un acto libre.

h.- El derecho como exigencia existencial del ser humano

Para que el ser humano se realice en sociedad, en cuanto es un ser libre y coexistencial, exige la regulación de su convivencia a través de normas de conducta, que pueden ser religiosas, morales, jurídicas. Es así que, en cierto momento de la historia, aparecen normas de aceptación obligatoria, que se imponen al sujeto, las que son concebidas en términos valiosos. Es decir, de normas jurídicas que regulan la conducta humana intersubjetiva en términos de justicia, seguridad, solidaridad, orden, paz, entre otros valores que el hombre vivencia en su cotidiano existir. Es el propio ser humano que, al vivenciar valores, elabora esas normas a través

(21) MOUNIER, Emmanuel, "El personalismo", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 35.

de la reiteración en el tiempo de determinadas conductas intersubjetivas, a las cuales la propia comunidad le otorga obligatoriedad. Surge así, a través de una costumbre inveterada, la norma consuetudinaria para luego, en otro momento histórico y en ciertas comunidades, transformarse en norma escrita, conocida como norma "legal".

El derecho resulta así una exigencia existencial. Sin él es imposible preservar el indispensable ámbito de libertad que corresponde a cada ser humano a fin de que pueda realizarse como ser libre y dar cumplimiento a su proyecto existencial. Pero, al mismo tiempo que las normas le aseguran protección mediante sus derechos subjetivos, se le imponen deberes a fin de permitir a los "otros", dentro de la comunidad, cumplir la misma humana finalidad. Es decir, que a través de los deberes, se prescribe el que cada ser humano está impedido de interferir injustamente en la realización del proyecto de vida del "otro".

i.- Síntesis conclusiva en torno a la libertad

Como síntesis de todo lo expuesto en este parágrafo, cabe dejar en claro, desde ahora, la importancia que tiene para la comprensión del concepto de "capacidad jurídica" el que se distingan con claridad las dos instancias de la libertad a las que hemos hecho mención. Es decir, el instante de la libertad que consiste en la pura *decisión*, que se produce en el ámbito subjetivo del sujeto, del *ejercicio* de esa libertad, de su fenomenalización a través de conductas humanas compartidas. Sobre el punto volveremos al tratar sobre "capacidad jurídica".

8.- SER HUMANO Y SUJETO DE DERECHO

De lo expuesto en el parágrafo anterior se infiere que el ser humano requiere del derecho para realizar su vida. El derecho es, por ello, una necesidad existencial y no una mera superestructura, de cualquier índole, como lo postulara en su momento Karl Marx desde una óptica positivista imperante en su tiempo y dentro de la cual el derecho equivalía a la ley, al derecho positivo.

El derecho, en cuanto exigencia existencial es creado por el ser humano para que, en su condición de sujeto del mismo, sea pasible de protección jurídica dentro del ámbito de la comunidad. Todo ser humano es, por ende, sujeto de derecho. Sólo el ser humano, en cuanto ser libertad, es sujeto de derecho. Queda, así, superada la posición por la cual se sostenía que, como en el caso específico de los esclavos, existían seres humanos que carecían de la calidad de sujetos de derecho (personas). Si bien en tiempos lejanos imperaba esta inexacta creencia, sobre la base de que no se tenía una clara percepción de la calidad ontológica del hombre como ser libertad, en la actualidad no cabe duda alguna que se trata sólo de su-

jetos cuya libertad fenoménica ha sido restringida, limitada en diverso grado, de acuerdo a cada momento histórico. Por ello, la situación jurídica de los esclavos, su capacidad de ejercicio, variaba en el tiempo. A épocas de extrema dureza, sucedían otras donde el esclavo gozaba de una mayor capacidad de ejercicio no obstante su siempre penosa posición jurídica.

Del mismo modo que se postula que todo ser humano es, de suyo, sujeto de derecho -aunque el ejercicio de su libertad le sea restringido en mayor o menor medida- también se ha descartado, en los tiempos que corren, que cualquier otro ser que no sea el humano tiene la categoría de sujeto de derecho. Recordamos, a este propósito, que ya no es posible concebir situaciones como el conocido caso de Calígula quién, a través de un dispositivo jurídico, le confirió el cargo de cónsul a su caballo *Incitatus*. El derecho es así tan sólo una estructura propia del ser humano dada su calidad de ente libre y coexistencial.

Se ha superado, asimismo, la tesis que sostenía la existencia de patrimonios sin sujeto. En todo caso, cabe la posibilidad de que en determinadas situaciones el sujeto de derecho sea desconocido, incierto o futuro. Y, si se diera la hipótesis de la denominada *res nullius*, deberíamos encontrar en el Estado el correspondiente sujeto de derecho. Obviamente, en ningún caso es posible otorgar al patrimonio subjetividad alguna. Recordamos a este propósito la tan difundida tesis, que inexplicablemente aún cuenta con muchos adeptos, de considerar a la fundación "como un patrimonio" afectado a un fin, olvidándose que se trata de una organización de personas que administra, en favor de otras personas -que ostentan la calidad de beneficiarios-, un patrimonio afectado expresamente a este fin social por otros seres humanos como son los fundadores. El derecho se presenta así, una vez más, siempre y sin excepción, como una relación entre seres humanos en el seno de la dimensión social.

El derecho abarca y comprende, en su totalidad, el humano existir. Toda conducta humana intersubjetiva es pasible de ser calificada de permitida o prohibida, de lícita o ilícita. Es decir, no existen conductas "ajurídicas" o, como se suele expresar con preocupante frecuencia, conductas humanas "antijurídicas". No existe ser humano cualquiera que deje de ser sujeto de derecho.

Lo que comúnmente se entiende como "antijurídico" es, de acuerdo con nuestro punto de vista, la conducta prescrita -expresamente o no- como conducta jurídicamente prohibida, como conducta ilícita. Obviamente, lo "prohibido" integra lo jurídico, aunque con signo negativo. Lo prohibido no es, por tanto, un comportamiento que pueda calificarse como "metajurídico", es decir, que se halle más allá del derecho, como una situación que le es ajena.

Por lo expuesto en el párrafo precedente, tan jurídico es ejercer por el sujeto una facultad que le concede un derecho subjetivo, como cumplir o

incumplir con un deber. Igualmente, es jurídica tanto una conducta lícita como una ilícita. Ambas pertenecen al mundo del derecho, que está estructurado, precisamente, sobre la base de permisiones y prohibiciones. Si lo ilícito no fuera "jurídico" habría que eliminarlo del ámbito del derecho tanto a los códigos penales, cuajados de prohibiciones tipificadas como delitos, como su enseñanza a nivel universitario. Lo "antijurídico" es sólo un ilícito penal.

Como es sabido, si el juez se encuentra obligado a dictar sentencia y no halla en el ordenamiento una norma jurídica expresa en la cual fundar su fallo, debe acudir a los principios generales del derecho y al derecho consuetudinario. Así lo prescribe el inciso 8 del art. 139 de la Constitución peruana de 1993 y el art. VIII del Título Preliminar del Código civil de 1984.

Al aludir el citado dispositivo constitucional a los principios generales del derecho se está refiriendo a las otras fuentes del derecho, es decir, a la doctrina y la jurisprudencia, donde el juez ha de encontrar, sin duda, tales principios generales. En otros términos, si bien en el ordenamiento jurídico peruano la fuente prioritaria es la ley, en defecto de ésta el juez debe acudir, con carácter supletorio, a los otras fuentes del derecho. Y es que el derecho está presente en todas y en cada una de ellas, sin exclusión.

El texto del inciso 8 del art. 139 de la Constitución, que hemos mencionado en precedencia, señala entre lo que denomina "principios y derechos de la función judicial" aquel principio al cual venimos refiriéndonos y cuyo texto es el siguiente: "El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley".

En tal caso, deben aplicarse "los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario"

En última instancia el juez, en lo atinente a su función jurisdiccional, cuenta con el axioma jurídico que postula que "lo que no está prohibido está permitido, salvo que se atente contra la moral o el orden público". Este axioma jurídico justifica la presencia, en ciertos ordenamientos jurídicos, de principios como aquel que recoge el art. 3 de la Constitución peruana de 1993 y que ya se había incorporado a través del art. 4 de la Constitución de 1979. Según este importante numeral, se establece la más amplia protección a los simples intereses existenciales aunque éstos no se hallen aún acogidos por norma expresa. En este sentido, el juez debe proteger cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona humana. Para el cumplimiento de esta prescripción el juez podrá también aplicar la analogía [22].

(22) El art. 3 de la Constitución peruana de 1993 a la letra expresa: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios

Esta exigencia existencial de protección de las posibilidades del ser humano para realizarse como ser libre, que justifica y explica ese fenómeno tridimensional que se denomina "el derecho", convierte a cada ser humano, en cuanto tal, en un ser digno de protección jurídica dentro del ámbito social. Es decir, el ser humano deviene en el centro y el eje del derecho. Es su creador y protagonista. Elabora sus normas, ya sea consuetudinarias o legales, a fin de lograr una justa, segura, solidaria y pacífica convivencia para luego, en cuanto ser libre, cumplir o incumplir normas que él mismo ha propuesto.

Para dar cabal realización a la finalidad o sentido del derecho para la vida humana, cada ser humano tiene, en cuanto tal, facultades que exigir y, simultáneamente, deberes que cumplir. Ello en mérito a su estructura bidimensional, antes referida (ver & 7). Es decir, a su condición de consistir en un ente que, sin dejar de *ser el que es*, en cuanto individuo, lo es sólo en una dimensión social, a través y con los demás seres que constituyen la comunidad. O, para expresarlo de modo sintético, "la existencia es coexistencia". Si Heidegger mostró en su momento que la persona es un "ser-en-el-mundo", Zubiri precisa que se trata de "un-ser-con", es decir, un ser que necesariamente debe hacer su vida con los demás en el seno de la comunidad. El hombre solo, singular, aislado de la comunidad, es una mera abstracción si se le pretende comprender en lo que realmente es el ser humano.

Es importante para aprehender, con precisión y amplitud, este producto humano que es "el derecho" -que se constituye como una ineludible exigencia de su propia naturaleza para posibilitar su convivencia- que la normatividad jurídica refleje, respete y guarde conformidad con la propia estructura bidimensional de la existencia humana. Es por ello que Zubiri expresa que vivir es vivir *con* las cosas y con los demás, por lo que el "con", antes aludido, no es una simple yuxtaposición de la persona y de la vida sino "uno de los caracteres ontológicos formales de la persona humana en cuanto tal..." (23).

Por ello, debido a su estructura coexistencial, el ser humano es, simultáneamente, sujeto de derechos y deberes o, expresado más perspicuamente, está siempre jurídicamente ubicado en un universo de "situaciones jurídicas subjetivas". La mostración por parte de la filosofía de la existencia de la dimensión coexistencial del ser humano, permitió el que los hombres de derecho -preferentemente los jusfilósofos- comprendieran con la máxima claridad que el derecho es, siempre y necesariamente, relación entre dos o más sujetos dentro de la sociedad a la que pertenece y en la

---

de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

(23) ZUBIRI, Xavier, "Naturaleza, Historia, Dios"; pág. 370.

cual hace su vida. O, dicho en otros términos, el derecho es primariamente conductas humanas *intersubjetivas*, que es lo mismo que significar conductas humanas compartidas o interferidas.

Si lo dicho corresponde a la realidad de la vida humana, cabe señalar, como se remarcará más adelante (ver & 9 d), que no existen, como lo sostenía la dogmática jurídica del ochocientos, derechos subjetivos "absolutos". Todo derecho subjetivo, en sintonía con la coexistencialidad del ser humano, es relativo. Ello en la medida que todo derecho subjetivo con lleva -lleva en sí- un deber. Más precisamente, dos deberes. Uno, genérico, que se halla implícito en todo derecho subjetivo, que se puede enunciar como el deber de respetar la libertad del otro, el derecho ajeno o, dicho de otro modo, el deber de no causar daño a otro ya sea a través del ejercicio irregular como del ejercicio regular de un derecho subjetivo. Es, por ello, que constituye un acto ilícito tanto colisionar injustamente el derecho ajeno como abusar de un derecho subjetivo para lesionar un interés existencial que no se encuentra aún expresamente protegido por una determinada norma del ordenamiento jurídico positivo.

De todo lo expuesto en el presente parágrafo se concluye, en síntesis, que todo ser humano es sujeto de derecho y que sólo el ser humano puede serlo con exclusión de cualquier otro ente de la naturaleza.

9.- SUJETO DE DERECHO Y SITUACION JURIDICA SUBJETIVA

a.- La doble función del derecho en sintonía con la bidimensionalidad del ser humano

El "sujeto de derecho" es un ente que requiere tanto de una amplia gama de derechos subjetivos, que protejan de modo preventivo, unitario e integral diversos aspectos de su peculiar manera de ser como, simultáneamente, se tutele todo interés existencial que fluya de su propia dignidad de ser humano que no se encuentra aún incorporado como derecho subjetivo. Estos intereses existenciales son generalmente tutelados por los ordenamientos jurídicos mediante una cláusula general -denominada también abierta o en blanco- la misma que protege el proyecto de vida de la persona, resultado de una libre decisión, en todas sus más variadas manifestaciones.

Pero, al mismo tiempo, a este "sujeto de derecho" el ordenamiento jurídico le atribuye o imputa deberes con la finalidad de tutelar el derecho o el interés existencial del "otro", de los demás, con los cuales debe ineludiblemente convivir en el seno de la sociedad. De ahí que el mencionado "sujeto de derecho" no sólo sea un solitario y privilegiado titular de derechos subjetivos "absolutos" sino que, simultáneamente, resulta también ser titular de deberes jurídicos.

El derecho cumple así, al mismo tiempo, una doble función en fiel concordancia con la estructura bidimensional del ser humano. Esta doble función, que se fundamenta y justifica en la naturaleza coexistencial del ser humano, consiste en que, contemporáneamente, se protege singular y concretamente al ser humano -a cada ser humano- en su dimensión individual como, de otro lado, se tutela tanto los intereses existenciales como los derechos de cada uno de los demás seres humanos dentro del ámbito comunitario, así como el interés social que comprende e involucra a todos y cada uno de sus miembros en la búsqueda del bien común. Estas son las dos vertientes del derecho en las que deben conjugarse el interés privado y el interés social ordenados al bien común. Es decir, del bien de todos y de cada uno de los miembros de la sociedad.

b.- Replanteamiento critico del "derecho subjetivo"

En atención a la peculiar naturaleza coexistencial del ser humano, puesta claramente de manifiesto recién a partir de los años treinta del presente siglo XX, es que ha debido replantearse por la doctrina jurídica más atenta, con sentido crítico, la tradicional y generalmente aceptada noción de "derecho subjetivo". En esta dificil y delicada tarea, afrontada por algunos pocos lúcidos jusfilósofos y juristas contemporáneos, se ha logrado ampliar la noción histórica, de carácter restrictivo, de "derecho subjetivo" a fin de adecuarla a la realidad de la humana coexistencia.

La capital institución del "derecho subjetivo", dentro de las clásicas acepciones que le confirieran en su momento tanto Windscheid y Savigny, de un lado, como posteriormente Ihering, se elaboró -como no podía ser de otra manera considerando la época en que se estructuró- desde una óptica puramente individual de lo que es el ser humano, es decir, a partir de una sola de sus dos dimensiones con total prescindencia de su vertiente comunitaria. Esta limitada y parcial concepción del "derecho subjetivo" no tenía en consideración el hecho que hemos remarcado en precedencia, es decir que, simultáneamente con dicha singularidad -que origina la identidad personal-, no podía dejarse de tutelar también el interés existencial y los derechos de cada uno de los "otros" que, conjuntamente con el individuo singularmente concebido, integran la sociedad. El descubrimiento de la dimensión social del ser humano obligó a los más lúcidos juristas a dilatar, necesariamente, las tradicionales fronteras conceptuales del "derecho subjetivo". Este nuevo diseño conceptual estaba dirigido, en sintonía con la realidad del humano acontecer, a incorporar en el significado de esta fundamental noción jurídica, los deberes fmplicitos en toda facultad jurídica [(24)].

(24) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Abuso del derecho", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 54 y sgts.

La nueva comprensión bidimensional de "lo humano" ha obligado a los juristas conscientes de esta realidad existencial, puesta de manifiesto contemporáneamente por la antropología filosófica, a una reflexión crítica del contenido de los conceptos de "derecho subjetivo" y de "deber jurídico". Ello, con el propósito de precisar sus conexiones y definir, por consiguiente, sus contornos conceptuales en sintonía con la realidad, con la experiencia jurídica.

c.- Limitaciones de la posición tradicional

Para lograr tal finalidad hubo que dejar de lado la posición de Windscheid en el sentido que los derechos subjetivos existen "en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisiva para la actuación de un precepto emanado de él, la *voluntad* de la persona" (25). De conformidad con el planteamiento del ilustre pandectista germano, el derecho subjetivo resulta así, como se ha venido repitiendo secularmente, el "señorío de la voluntad" de *un* sujeto, con prescindencia de la voluntad de los "otros", de lo social. El derecho subjetivo se constreñía, de este modo, exclusivamente al ámbito sicológico, a la pura y simple voluntad de una persona (26).

Como apunta Stanzione al respecto, apenas se reconoce la subjetividad jurídica a cada hombre, ella es susceptible de "vanificarse si se ancla al criterio de discriminación en el momento de la voluntad: dentro de esta visión, quien no tiene voluntad (el infante) o la ha perdido (el loco) estaría relegado a una especie de limbo o, todavía peor, estaría totalmente privado de subjetividad" (27).

Ihering nos ofrece del derecho subjetivo una versión diferente a la elaborada por Windscheid y Savigny, aunque también, como la de estos autores, de marcado cuño individual. Según su parecer, el derecho subjetivo está constituido por un "interés jurídicamente protegido" (28). Ihering, obviamente, alude a un sólo interés, es decir, al del individuo.

Tanto en las concepciones de Windscheid y Savigny como en la de Ihering se presenta al derecho subjetivo como un absoluto en tanto depende, únicamente, ya sea de la voluntad o del interés del individuo. Esto no es exacto si concebimos al derecho, en tanto el ser humano es bidimensional,

---

(25) WINDSCHEID, Bernardo, "Diritto delle Pandette", vol.I, Torino, UTET, 1930, pág. 1070.

(26) La tésis de Windscheid fue prontamente criticada en la medida que la pura volición del individuo era insuficiente para caracterizar al derecho subjetivo. Se objetó, asimismo, que el señorío de la voluntad no era necesario para que exista un derecho. Esto es tan cierto, se decía, que un sujeto puede ser titular de un derecho subjetivo sin saberlo y aún contra su propia voluntad.

(27) STANZIONE, Pasquale, "Capacita e minore eta nella problematica della persona umana", pág. 29.

(28) IHERING, Rudolf von, "El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo", Madrid, De Bayllye Bailliere, 1905, t. IV, pág. 364 y sgts.

como una intersubjetivad. Es decir, si apreciamos la experiencia jurídica en la que encontramos, siempre y necesariamente, seres humanos en relación. De ahí que, como lo hemos anotado, ningún derecho subjetivo es absoluto, en cuanto conlleva el deber genérico de respetar el derecho ajeno, de no causar daño a los demás en el ámbito social en que desarrolla su existencia que es, a la vez, coexistencia. Este deber, inserto en todo derecho subjetivo, supone un límite o confín al arbitrario e ilimitado ejercicio del derecho subjetivo.

La unidimensional visión del derecho subjetivo postulada por los autores antes mencionados originó, sobre la base de los aportes de la filosofía antropológica el que se produjeran, aproximadamente siglo y medio después, algunas importantes reacciones contra la tradicional concepción del derecho subjetivo que, como se ha señalado, reflejaba una visión puramente individual del ser humano. En efecto, la renovada antropología filosófica -producto de la reflexión de la filosofía de la existencia- mostraba al ser humano, como se ha subrayado, no como un ente que presentaba tan sólo una vertiente individual, sino cono un ente de carácter bidimensional en tanto posee una inherente dimensión coexistencial o social. Esta nueva visión del ser humano debía ser traducida conceptualmente por la construcción dogmático-jurídica. Surge así una también nueva concepción del derecho que tiene en cuenta la dimensión coexistencial del ser humano.

d.- La "situación jurídica subjetiva"

En el sentido antes referido se advierten nuevos puntos de vista propiciados por algunos autores que, al comprender esta nueva realidad de lo humano, consideran que la posición tradicional sobre los alcances de la noción de "derecho subjetivo" ha sido superada en la medida que no se puede presciṅdir del hecho de que todo derecho subjetivo incluye, simultáneamente y en su propia entraña, un deber. En este orden de ideas es ilustrativo mencionar, entre algunas otras, la autorizada opinión de Federico de Castro y Bravo. Estæ autor, con ejemplar lucidez, deja de lado las clásicas concepciones de Windscheid y Ihering por estimar que no representan más que dos aspectos del individualismo filosófico del siglo XX [(29)]. Su crítica es certera y la compartimos a plenitud.

Por las razones expuestas en precedencia, es que en tiempos recientes haya adquirido importancia y autonomía la noción de "situación jurídica subjetiva", la misma que comprende en su significación tanto los derechos como los deberes del sujeto que ocupa una determinada posición dentro de la experiencia jurídica. El inicio del proceso de difusión y consolidación de

(29) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España. Parte General", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, t. I, pg. 834 y sgts.

este amplio concepto -que comprende al de derecho subjetivo- puede ser ubicado, como anota Frosini, en el instante en el cual, por acción de León Duguit, entran en crisis las nociones de "sujeto de derecho" y de "derecho subjetivo" (30). La contestaria posición de Duguit constituye una llamada de atención y tiene el efecto de movilizar a los jusfilosófos, algunos de los cuales se ven obligados a un replanteamiento de las tradicionales concepciones del "derecho subjetivo".

El rico y moderno concepto de "situación jurídica subjetiva" no niega, como no podía ser de otra manera, la existencia del derecho subjetivo sino que, como esta dicho, amplía sus lindes conceptuales para que, en concordancia con la estructura tanto del ser humano como del derecho -que es su reflejo- se considere que el derecho subjetivo no es un absoluto -como lo pretendía el individualismo exacerbado- en cuanto al lado de una facultad se halla siempre presente, en alguna medida un deber a cargo del titular de tal derecho subjetivo. Esta decisiva noción jurídica se encuentra, así, estrechamente ligada a la de sujeto de derecho.

En tanto el ser humano es coexistencial, no se le puede concebir en abstracto, como un ente aislado, incomunicado, desconectado de los otros sino, más bien, en constante existencial comunicación y relación con los demás en el seno de la sociedad. Es así que el sujeto de derecho se encuentra sumido permanentemente en múltiples "situaciones jurídicas subjetivas", cada una de las cuales entraña siempre un plexo de derechos y deberes, prevaleciendo unos u otros según los casos. Así sucede, por ejemplo, en situaciones jurídicas subjetivas como las de padre, deudor, cónyuge, comprador, entre otras muchas. El sujeto de derecho está siempre "situado", en una permanente y múltiple relación con los demás. Es, nada menos, que una dimensión de su ser: estar en comunicación. En este sentido Jaspers sostiene que en la comunicación la existencia encuentra su ser al unirse "con" otro hombre.

Los derechos subjetivos, como se ha apuntado, tienen una doble limitación impuesta por dos niveles de deberes a su cargo. De un lado, todo derecho subjetivo está condicionado por el deber genérico de no causar daño a través del ejercicio regular o irregular de su derecho, así como también de no abusar del mismo lesionando un interés ajeno aún no protegido por una específica norma del ordenamiento jurídico positivo. Al lado de este deber genérico, cada derecho subjetivo reconoce un inherente deber específico, el mismo que surge de la naturaleza del propio derecho subjetivo.

Todo derecho subjetivo, como está dicho, con diferente intensidad, supone un deber específico a cargo de su titular. Así, el derecho subjetivo de cada cual a que su vida humana sea respetada, conlleva el específico de-

(30) FROSINI, Vittorio, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en "Rivista di Diritto Civile", 1969, I, pág. 231.

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

ber de no atentar, a su vez, contra su propia vida. El derecho a la integridad sicosomática implica el específico deber de no automutilarse. El derecho al propio nombre significa que el titular tiene el poder de impedir que cualquier otro sujeto conteste o usurpe dicho nombre pero, al mismo tiempo, exige del "otro" el deber de no cambiar su nombre [(31)]. Ello en cuanto con dicho nombre es identificado por los demás miembros de la comunidad.

e.- La "situacion jurídica subjetiva" y la doctrina contemporánea

La doctrina contemporánea va acogiendo, paulatinamente, la exigencia de la ciencia jurídica de replantearse el contenido y alcances conceptuales que, tradicionalmente, se han venido otorgando a la noción de derecho subjetivo para su sustitución por otra más rica, compleja y acorde con la realidad de la experiencia jurídica que es "intersubjetividad". Así, el jusfilófo español Luis Legaz Lacambra, urgía a los juristas el precisar el concepto de situación jurídica subjetiva "para mostrar su fecundidad y extraer de él todos los frutos que puede aportar a la elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales" [(32)]. Legaz Lacambra había logrado calar hondo, en sintonía con la experiencia jurídica y, premunido de la finura intelectual que poseía, en la significación misma de lo que se venía definiendo como "derecho subjetivo" a fin de "redefinirlo", de otorgarle sus verdaderos alcances conceptuales.

Esta nueva visión del derecho subjetivo, vale la pena reiterarlo, es sólo posible cuando se tiene clara conciencia de que el ser humano no es sólo individuo, singularidad, sino que también, estructuralmente, posee una vertiente coexistencial. Es por ello que José Castán Tobeñas puede sostener, con toda razón, que la filosofía de la existencia, que descubre la dimensión social del hombre, ha otorgado sustento y relieve a la idea de situación jurídica. Obviamente, ello no hubiera sido a su vez posible si dicha escuela filosófica no hubiera mostrado previamente al ser humano en la plenitud de su existencia, como ser libre y coexistencial, y ello tampoco hubiese iluminado una nueva concepción del derecho de base tridimensional.

Como señala Frosini con acierto, corresponde a Roubier el mérito de haber tratado con lucidez la temática relativa a la situación jurídica subjetiva, que resulta ser un complejo de derechos y deberes que surgen alrededor de un hecho, de un estado o de un caso, capaz de engendrar efectos

---

(31) El texto del art. 19 del Código civil peruano de 1984 es el siguiente: "Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos".

(32) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del Derecho", Barcelona, Bosch, 1953, pág. 723.

jurídicos [33]. Frosini considera que, tal vez, se debe a este autor el tentativo "más comprometido e intelectualmente generoso de constituir a la situación jurídica como la noción central de la Teoría general del derecho, resolviendo en ella el viejo concepto de derecho subjetivo, sin renegar de otra parte de aquello proveniente de la tradición de pensamiento jurídico derivada de las fuentes romanísticas..." [34].

Castán Tobeñas, por su parte, sostiene que no existe inconveniente en utilizar este nuevo concepto de situación jurídica subjetiva siempre que no se eliminen las nociones de derecho subjetivo y de deber jurídico y precisa, además, que no debe confundirse este concepto con el de "relación jurídica" [35]. En este último sentido cabe señalar, como lo hace Perlingieri, que lo que está siempre presente en la relación jurídica es la conexión entre situaciones jurídicas [36]. Y es que referirse a una "situación jurídica subjetiva" nos conduce, de inmediato, a relacionarla con otra situación jurídica, ya que no cabe la existencia de una situación jurídica sin la correlativa presencia de otra situación jurídica. Dicho en otros términos, no es posible concebir situaciones jurídicas en el "vacío", sin una contrapartida en la experiencia jurídica.

10.-SUJETO DE DERECHO Y PERSONA

En páginas precedentes (ver & 8) se ha dejado sentado el principio de que todo ser humano, sin excepción, es "sujeto de derecho" y que sólo el ser humano es capaz de serlo. Es por ello que el ser humano es el centro y el eje del derecho. El derecho es creado por el ser humano social para hacer posible la coexistencia comunitaria. No en vano, en el comienzo del Digesto, aparece la elocuente expresión de Hermogeniano -frecuentemente olvidada- : *cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit.*. Es decir, que el derecho tiene su causa en el hombre.

La pregunta que surge luego de enunciado el principio anotado en precedencia, es si todo "sujeto de derecho" es de suyo, "persona". La respuesta puede encuadrarse dentro de los alcances conceptuales que históricamente la doctrina jurídica les asigna a ambos conceptos o, por el contrario, es posible, desde otra óptica, hallar alguna diferenciación significativa entre ellos.

Tiene razón Stanzione cuando afirma que "de nada vale, por tanto, colocar a la persona al inicio y contemporáneamente al centro del ordena-

(33) ROUBIER, Paul, "Droits subjectifs et situations juridiques", Paris, Dalloz, 1963, No.5, p. 71.

(34) FROSINI, Vittorio, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", 1969, I, pág. 236.

(35) CASTAN TOBEÑAS, José, "Situaciones jurídicas subjetivas", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", septiembre 1963, No. 3, pág. 233.

(36) PERLINGIERI, Pietro, "Il diritto civile nella legalità costituzionale", Napoli, ESI, 1984, pág. 524.

miento de derecho privado si antes no se aclaran las relaciones existentes entre los conceptos de persona y sujeto. Y este dualismo se trata de superar subsumiendo ambos términos en la realidad unificada del hombre: cada hombre singular y sólo el hombre singular, es capaz de derecho" (37).

En tiempos recientes, así como se utiliza con mayor frecuencia la expresión "ser humano", que por su amplia comprensión permite sustituir a la de "hombre" -que deja de lado a la mujer- sin crear mayores problemas conceptuales, se ha debido también precisar que las nociones de "sujeto de derecho" y de "persona" -a las que históricamente se les otorgaba idénticos alcances conceptuales- son conceptos que el derecho ha tenido que diferenciar sin que ello afecte el tradicional contenido filosófico de la noción de persona (38). Esta distinción obedece a razones de técnica jurídica en la medida que el nivel conceptual y normativo del derecho debe guardar estricta fidelidad con la realidad de la vida humana, que es el material primario a regular valiosamente por el ordenamiento jurídico positivo. La dimensión conceptual no debe desnaturalizar o distorsionar la realidad, las normas jurídicas no deben disociarse de sus contenidos que no son otra cosa que vida humana social debidamente valorada.

Por exigencias del discurrir de la vida humana social, el jurista advierte, hace apenas muy pocos años atrás, que el sujeto de derecho -es decir, el ser humano en cuanto tal- no se agotaba en las tradicionales categorías jurídicas de persona "natural" y persona "jurídica" Dejo, así, de tener vigencia el principio de la dogmática jurídica clásica por el cual "todo lo que no era persona física era persona jurídica". Este dogma se diluye cuando el jurista "descubre" que al lado de aquellas dos únicas categorías de sujetos de derecho, admitidas por la dogmática jurídica, existen en la experiencia jurídica otras dos situaciones existenciales que la dimensión normativa había dejado de lado, había marginado durante siglos.

En efecto, los juristas empezaron a observar que, junto a estos dos sujetos de derecho tradicionales, es decir, persona natural y persona jurídica, tenían vigencia en la realidad social otros dos sujetos que no tenían cabida en la legislación comparada. Nos referimos al concebido -persona por nacer o *nasciturus*- (39), dotado de vida propia, y a las organizaciones de personas que, realizando similares actividades y fines que los de las personas "jurídicas", no son reconocidos como tales por los ordenamientos

---

(37) STANZIONE, Pasquale, "Capacità e minore età nella problematica della persona umana", pág. 28.

(38) La noción filosófica de persona enriquece la simple noción de individuo en el sentido que éste no se agota en su dimensión puramente biológica, material, sino que está dotado de un espíritu libre que lo convierte en un ser apetente de trascendencia.

(39) Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", capitulo II, pág 59 y sgts. y "Enciclopedia Jurídica Omeba", Driskill S.A., Buenos Aires, 1986, t. V, Apéndice, pág. 21.

jurídicos positivos. Ello, simplemente, por no haber cumplido con la formalidad de su inscripción registral. Es decir, la palpitante realidad de la vida humana dependía de una mera "formalidad". Las formas aparecían, así, negando la terca realidad. Pero, no obstante ser ignoradas por la legislación comparada, estas organizaciones de personas no inscritas han venido actuando en la realidad de la vida cotidiana, a despecho de la formalidad jurídica, como verdaderos sujetos de derecho al realizar todo tipo de negocios jurídicos, a pesar de ser entes fantasmagóricos, puramente espectrales, para la miope normatividad vigente [(40)].

Las organizaciones de personas no inscritas, es decir las que no adquieren la formalidad de la persona jurídica, tienen remotos antecedentes en el tiempo. Antes de que surgiera históricamente la "persona jurídica" las organizaciones de personas, los grupos humanos, actuaban como sujetos de derecho, no obstante no producirse en ellos la mágica reducción a la unidad, mediante una abstracción mental, de lo que no obstante continuaría siendo en la realidad una pluralidad de seres humanos actuantes. Es por ello que, como acertadamente señala Orestano, "en realidad, lo que conocemos en tema de sociedades primitivas nos muestra en cambio, la preeminencia de las organizaciones de grupo respecto a los singulares individuos" [(41)]. Así, como apunta el autor, la propiedad más antigua es la propiedad del grupo, como también era grupal la responsabilidad penal. Ello nos confirma la importancia que tenían en la experiencia jurídica de aquellos remotos tiempos las organizaciones de personas, en tanto sujetos de derecho.

En Roma, como anota el propio Orestano, se siguió un camino contrario en el sentido que se pasa de la preeminencia del grupo a la del individuo. Ello no significa, sin embargo, la desaparición de las organizaciones de personas ya sea de "carácter gentilicio y familiar (*gentes, familiae*), de carácter civil y militar (*tribus, curiae, centuriae, exercitus*), de carácter religioso o profesional (*collegia, sodalitates*)" [(42)]. Evidentemente, como obviamente indica el autor, ninguna de estas organizaciones entra dentro de los esquemas de la persona jurídica, no obstante lo cual muchas de ellas constituían fenómenos análogos. Bastaría citar el conocido caso de las *collegia* que eran asociaciones religiosas, profesionales o de otro tipo, las que no eran infrecuentes en el mundo romano.

Si bien las organizaciones de personas no inscritas anteceden en el tiempo a las personas jurídicas, aquéllas continúan existiendo simultá-

---

(40) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano", Studium, Lima, 1988, 3a. edlción, pg. 217 y sgts.

(41) ORESTANO, Riccardo, "Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano", Giappichelli, Torino, 1968, Pg. 83.

(42) ORESTANO, Riccardo, "Il problema delle persone giuridi che in Diritto Romano", pág. 83.

neamente con éstas, por más del siglo y medio que ha corrido desde que se produjera la genial creación por Savigny de la llamada "persona jurídica". Lo que ocurrió en este período de la historia es que los juristas, probablemente, consideraron que ante el invento, frente al útil artificio de la persona jurídica, que tanto simplificaba y agilizaba la actividad jurídica del grupo, las organizaciones no inscritas tenderían a desaparecer. Sin embargo, este pronóstico no se cumplió. Tales organizaciones de personas, designadas como informales o de hecho a partir del invento de la persona jurídica, continuaron existiendo y teniendo presencia en la vida jurídica, aunque resultaban verdaderos espectros o fantasmas para el derecho positivo. Fantasmas que, sin embargo, actuaban en la realidad, asumían obligaciones, contrataban.

Recién con el Código civil italiano de 1942, el ordenamiento jurídico positivo reconoce, a través de lo que podríamos designar como la palpitante realidad de las organizaciones de personas no inscritas, lo que actualmente se suele designar como entes irregulares, informales o de hecho [(43)]. En efecto, en dicho cuerpo legal se regulan "las asociaciones no reconocidas y los comités" desconociéndose aún, sin embargo, a las fundaciones no inscritas. Como se advierte, en este Código se les designa como organizaciones "no reconocidas" en tanto el ordenamiento jurídico italiano prescribe que en el caso de estas entidades se debe obtener, aparte de la correspondiente inscripción, un reconocimiento gubernamental. Esta situación ha originado, obviamente, numerosas críticas de parte de la doctrina pues de alguna manera el requerir un reconocimiento administrativo limita o recorta el principio de la libertad de asociación.

La actuante presencia de las organizaciones de personas no inscritas en la experiencia jurídica fue vivenciada y evaluada cuando nos tocó, hace más de veinte años, proyectar el Libro Primero del Código civil peruano de 1984 dedicado al Derecho de las Personas. Conocíamos, a través de la práctica profesional, los problemas que se producían cuando había necesidad de perseguir a una agrupación carente de subjetividad. Estas observaciones, de raíz sociológica, y nuestras propias experiencias motivaron el que nos replanteáramos en aquella oportunidad, una vez más, la relación existente entre los términos "sujeto de derecho" y "persona", tenidos tradicionalmente por equivalentes por la doctrina jurídica.

Dicha reflexión, nacida de una simple pero atenta observación de la realidad jurídica y de los desarrollos de la ciencia jurídica, nos condujo a que tuviéramos que distinguir, necesariamente, los alcances de los términos "sujeto de derecho" y "persona". Ello, con la finalidad de otorgar subjetividad tanto a los concebidos como a las organizaciones de personas no inscritas con el propósito de poder incorporarlos, en cuanto sujetos de de-

(43) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código civil peruano", pág. 26 y sgts.

recho, al Código civil y otorgarles, por consiguiente, una adecuada regulación normativa.

El replanteamiento de la temática atinente a la subjetividad tuvo como resultado el que el Código civil peruano de 1984 dedicara la Sección Tercera del Libro Primero a regular a las asociaciones, los comités y las fundaciones no inscritas. Es de advertir que, en el caso de las fundaciones, dicho Código es el primer cuerpo legal, a nivel de la legislación comparada, que las reconoce otorgándoles por tanto subjetividad y regulándolas de manera original. Es también oportuno señalar que el Código civil peruano de 1984 es el primero en otorgar al Comité la categoría de persona jurídica.

Es del caso precisar que la distinción entre los términos "sujeto de derecho" y "persona" se formula desde una óptica puramente técnica, así como que tal distingo terminológico era indispensable a fin de que todas las diversas categorías de sujetos de derecho, presentes en la experiencia jurídica, fuesen acogidas y diferenciadamente reguladas por el Código civil en conformidad con su propia finalidad y estructura [(44)].

Decimos que el distingo en referencia es puramente de orden técnico-jurídico por el incontrastable hecho que los vocablos "sujeto de derecho" y "persona" aluden, siempre e invariablemente, a un mismo ente. Es decir, a seres humanos que se hallan presentes en la experiencia jurídica. Dicho en otros términos, "sujeto de derecho" es el género, expresión equivalente en la realidad al ser humano, individual o colectivamente considerado, mientras que cada una de las cuatro categorías de "sujeto de derecho" que el ordenamiento jurídico positivo reconoce corresponden, como se ha señalado, a cuatro momentos de la ininterrumpida y fluída vida del ser humano, es decir, a cuatro "maneras de ser" en el tiempo de un mismo y único ser: la existencia humana.

Sintetizando lo anteriormente expuesto, cabe enfatizar que detrás de las expresiones tanto de "sujeto de derecho" como de "persona" está siempre presente un solo y mismo ente: el ser humano. Cada una de las indicadas cuatro categorías ha sido elaborada a nivel normativo para el efecto de lograr una diferente y adecuada regulación de cada uno de aquéllos cuatro especiales momentos de la vida del ser humano, de cada una de sus "maneras de ser" en su ininterrumpido proceso existencial.

Si bien todo ser humano, sin excepción, es un "sujeto de derecho", se hacía necesario que la legislación, que debe ser fiel a la realidad social, reconociese expresamente a través de una pertinente normatividad, no sólo

---

(44) El texto del art. 1 del Código civil peruano es el siguiente: "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".

la existencia de dos categorías sino más bien de cuatro distintas categorías formales de sujetos de derecho presentes en la experiencia jurídica. Es decir que, desde el punto de vista formal, debíase considerar cuatro centros de referencia para la imputación de "situaciones jurídicas subjetivas" (derechos y deberes).

Cabe advertir que cada una de tales categorías corresponde a una etapa o instante del fluído y temporal proceso de la vida del ser humano, ya sea que se le muestre a partir de su individualidad o se le presente agrupado con otros seres humanos con los que actúa, en común y organizadamente, para el cumplimiento de fines valiosos. Entre las primeras categorías de carácter individual se comprende tanto al concebido o persona por nacer como al ser humano nacido, al que comunmente se le designa -impropiamente- como persona natural. Entre las dos últimas, es decir, entre las colectivas, encontramos a las organizaciones de seres humanos que, para la realización de sus actividades cumplen con la exigencia formal de su inscripción en un determinado registro, a las cuales se les conoce como "personas jurídicas" y aquellas otras organizaciones que, actuando de la misma manera que las personas jurídicas y cumpliendo similares fines valiosos, no participan de la categoría precedente por cuanto no han cumplido con el requisito formal de su inscripción registral.

La carencia de la formalidad de la inscripción registral tiene como consecuencia el que el ordenamiento jurídico no las privilegie con la ficción o proceso conceptual de la reducción a una unidad abstracta e ideal de lo que en la realidad continuará siendo una pluralidad de seres humanos. Esta reducción conceptual a la unidad tiene como exclusivo propósito el de la imputación de deberes y derechos (situaciones jurídicas subjetivas) a un sólo centro de referencias jurídicas.

Por lo expuesto, cabe hacer un indispensable deslinde técnico entre los términos de "sujeto de derecho" y de "persona". Es necesario precisar y subrayar que ambos, como lo hemos expresado reiteradamente, se refieren al mismo objeto, que no es otro que el "ser humano". Lo que ocurre, como también se ha señalado, es que existe la necesidad de reconocer, para los efectos de su especial regulación normativa, que entre ellos hay un matiz diferencial, en tanto el primero -"sujeto de derecho"- tiene una comprensión genérica al referirse a la vida del ser humano desde la concepción hasta la muerte, ya sea que se le muestre a partir de su individualidad o en las diversas agrupaciones en que desenvuelve su vida. En el caso de la expresión "persona", con ella se designa a sólo dos de aquellas cuatro categorías de "sujetos de derecho", ya sea que se trate de la persona "natural" o de la jurídica".

Se trata, como también se ha explicado, de un recurso de carácter técnico y terminológico con que cuenta el jurista de nuestro tiempo cuando se enfrenta a la difícil tarea de regular, de acuerdo a sus particulares ca-

racterísticas, las diversas expresiones o "maneras de ser" en que discurre la vida humana.

Cabe señalar que el Código Civil peruano de 1984 es el primer código que incorpora en su articulado al concebido en su calidad de sujeto de derecho. Se aleja, de este modo, del resto de la legislación comparada que, de acuerdo a una tradición superada, continúa ignorando al concebido como ser humano al considerarlo tan sólo como una ficción, como un ente inexistente para el derecho, ya que para otorgarle derechos se debe esperar a que nazca. Esto nos ha llevado a resumir esta situación al expresar que para la teoría de la ficción el concebido "es lo que no es" y "cuando es, ya no es". Es decir, que es "nada", mientras que en realidad es vida humana, una persona por nacer merecedora de protección jurídica. Cuando nace recién se le considera como sujeto de derecho, pero en este instante dejó de ser concebido pues es ya persona natural. Es decir, que resulta ser para la ficción lo que ya no es, desde que dejó de ser "concebido".

El Código, como esta dicho, también recoge y regula la actividad de las organizaciones de personas no inscritas. Entre éstas considera también, por primera vez en la legislación comparada, a la fundación no inscrita [(45)]. Es del caso indicar que se regula al comité no sólo en su condición de organización de personas no inscrita, sino que también se le asume como "persona jurídica", lo que tampoco tiene precedentes en la legislación comparada.

11.- SUJETO DE DERECHO, PERSONA Y PERSONALIDAD

En el parágrafo 10 hemos tratado de esclarecer la relación existente entre los conceptos de "sujeto de derecho" y "persona". En las siguientes líneas, por tanto, nos limitaremos a intentar un deslinde entre los tradicionales conceptos de "persona" y "personalidad".

A ningún jurista escapa la enorme dificultad que existe no sólo para precisar los alcances de la noción "derecho" -de suyo compleja- sino también, y por consiguiente, aquellos referidos al concepto de "persona". Y, lo que para nosotros era más grave, tal como lo consignáramos en una obra editada en 1962, "la dificultad se acentúa si tenemos en cuenta que la

(45) El docente de la Universidad de Roma profesor Pietro Rescigno, al referirse a la regulación efectuada por el Cod.civ. peruano de 1984 de las organizaciones de personas no inscritas o entes de hecho, lo hacía en los siguientes términos: "Inusitada riqueza en relación con nuestros modelos presenta el código peruano en cuanto al régimen de los entes de hecho en donde, al lado de las asociaciones y comités sin personalidad, encontramos contemplada la fundación". Y agrega: "El tratamiento dispensado por el código peruano, en lo que se refiere a las personas jurídicas y a los entes de hecho, constituye un sistema normativo que recoge y desarrolla sugerencias del código y la doctrina italiana pero, al extender su visión, ofrece una equilibrada solución" ("Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código civil peruano de 1984", en "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano",Cultural Cuzco S. A., Lima, 1986, pág. 241).

confusión no sólo ha reinado en torno al vocablo *persona* sino que se ha producido entre esta palabra y el término "personalidad" (46).

No son muchos los autores que, como Hans Kelsen, identifican los conceptos de "persona" y "personalidad". Son más numerosos, en cambio, aquéllos que sostienen que entre tales vocablos existe disparidad significativa (47). Esta añeja comprobación nos llevaba a reflexionar, en el libro antes mencionado, que "es pues tarea ardua no sólo el obtener precisión conceptual en torno al tema a desarrollar, sino también el reivindicar, u otorgar significación determinada, a vocablos que arrastran tras de sí una tremenda tradición que actúa con signo contrario al propósito de clarificación perseguido" (48).

Por décadas los autores, sin mayor análisis, se han referido, indistintamente, a los derechos de la "personalidad" y a los derechos de la "persona". La doctrina dominante, hasta muy pocos años atrás, iniciaba el tratamiento del Derecho Civil exponiendo la teoría de los "derechos de la personalidad" y era con esta expresión que se mencionaban lo que hoy los autores, con propiedad y casi unánimente, designan, directamente, como derechos de la persona. Esta incierta situación añadía un ingrediente más de ambigüedad y confusión cuando se intentaba deslindar las diferencias significativas -de existir- entre dichos términos.

Es por ello que cuando se consultaba a autores o se revisaba textos jurídicos para precisar la diferencia, -de haberla- entre ambos términos, no nos ofrecían una explicación uniforme y, por tanto, convincente. Los más respondían con una tautología al expresar que "se es persona porque se tiene personalidad", para luego afirmar que "se tiene personalidad porque "se es persona". Con este juego de palabras se pretendía considerar la noción de "personalidad" como la aptitud para ser "persona". De conformidad con esta apreciación el término "personalidad" comprendía, por ser más amplio, al concepto de "capacidad jurídica", máxime que ésta, como lo difundiera en su momento Dusi y otros autores, resultaba siendo "la medida de la personalidad".

Otros tratadistas, por su parte, complicaban más el enrarecido panorama al identificar los conceptos de "personalidad" y "capacidad". De ahí que tener personalidad significaba, por consiguiente, "ser capaz".

Rastreando el confuso proceso de identificación-diferenciación de los conceptos de persona y personalidad encontramos que, en un primer momento, como se ha señalado, se identifica las nociones de "sujeto de derecho" y "persona". Sucesivamente, a fin de obtener mayor homogeneidad entre estas dos nociones, se diseñó un nuevo concepto, mucho más amplio

---

(46) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La noción jurídica de persona", pág. 22.

(47) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La noción jurídica de persona", pág. 102.

(48) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La noción jurídica de persona, pág. 22.

y abstracto, como es el de "personalidad". Si bien en un principio y por algún tiempo, como está dicho, se le identificó con la noción de "persona", posteriormente, como anota Orestano, fue teorizado como distinto, entendiéndola "ya sea como forma, ya sea como idoneidad abstracta para revestir la calidad de sujeto de derecho dentro de un ordenamiento, ya sea como pura modalidad jurídica de un ente en contraposición al ente concretamente poseedor de tal calidad, ya sea como pura calificación jurídica subjetiva expresando la correlación entre un ente y un determinado ordenamiento" [(49)]. Finalmente, la noción de "personalidad" que, como está dicho, para algunos autores es coincidente con la de "capacidad jurídica", ha sido considerada, por los más, como "idoneidad o aptitud para ser titular de derechos". Es decir, para ser "sujeto de derecho".

Entre estos últimos tratadistas cabe señalar a Ferrara, para quién "personalidad" resulta ser una cualidad jurídica que debe acceder a determinado sustrato que es la "persona". Se trata de distinguir, de una parte, al ente o sustrato y, de la otra, una cualidad abstracta del mismo [(50)].

Eduardo Couture se refiere a la "persona" como la determinación genérica dada a todos los individuos de la especie humana y estima que el vocablo "personalidad" denota "un conjunto de caracteres y condiciones individuales que distinguen a una persona y la diferencia de otra" [(51)]. Nuestra posición se aproxima a la distinción efectuada por el gran procesalista uruguayo como lo pondremos de manifiesto más adelante.

No han faltado autores que, confundiendo tal vez los conceptos de "personalidad" y "capacidad de ejercicio", han sostenido que el primero es un concepto de medida o de cantidad en relación con la noción de "persona". Pero, obviamente, esta posición no es acertada pues, como lo han puesto de manifiesto los detractores de este planteamiento, "se es persona o no se es". No caben personas de distinta "cantidad o medida".

Tal vez la versión del concepto de "personalidad" que ha tenido mayor aceptación de parte de la doctrina en tiempos recientes, como se ha señalado, es la de considerarla como "aptitud o idoneidad para ser titular de derechos". Estimamos, sin embargo, que este concepto es del todo innecesario, superfluo, porque es el ser humano, siempre y únicamente, el que intrínsecamente, por ser tal, está dotado de esta aptitud. Es decir, la "personalidad", entendida como aptitud o idoneidad, es inherente a su propia naturaleza. El ser humano, en cualquiera de sus "maneras de ser" es, *de suyo*, el único ente dotado de aptitud o idoneidad para ser titular de derechos. Esta idoneidad no es una cualidad o atributo del ser humano en cuanto "sujeto de derecho", no es algo que le viene agregado. Por el con-

---

(49) ORESTANO, Riccardo, "Il problema delle persone giuridiche in diritto romano" , pág. 58.

(50).- FERRARA, Francesco, "Teoría de las personas jurídicas", Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 320.

(51) COUTURE, Eduardo, "Vocabulario Jurídico", Montevideo, 1960, pgs. 465-466.

trario, dicha "aptitud" pertenece a su "mismidad" ontológica. Todo ser humano es "sujeto de derecho" y, ser "sujeto de derecho", implica aptitud a ser titular de derechos.

Cuando se tuvo que proyectar la parte del Código civil peruano de 1984 dedicada al derecho de las personas, se optó por eliminar del texto del Proyecto el término "personalidad" sobre la base del argumento expuesto en el párrafo anterior. Se consideró, en tal oportunidad, que su uso acentuaba la confusión de carácter terminológico entre diversos vocablos -como los de persona y personalidad- en torno a cuyos alcances conceptuales los juristas no se ponían de acuerdo al otorgarles, contradictoriamente, ya sea idénticas o diversas significaciones. En todo caso, prescindir de tal concepto no tenía ninguna relevancia en lo tocante a la redacción del Código en referencia. Al eliminar el término de "personalidad" del texto del Código civil se pretendía evitar que, con dos distintos vocablos, se aludiera a un mismo y solo ente, como es el ser humano nacido. Por lo expuesto, podemos sostener que el término "personalidad" desapareció de dicho texto por innecesario.

Debido a la confusión existente por décadas, es que a los derechos de la persona se les ha referido, constantemente, como "derechos de la personalidad", con lo cual se significaba, aparentemente, que entre ambos términos no existía disparidad conceptual. Resultaba mucho más preciso, según nuestro parecer, referirse directamente, en esta hipótesis, a los "derechos de la persona" eliminándose, de este modo, un concepto abstracto y técnicamente discutido como es el de "personalidad".

La Comisión Reformadora del Código civil peruano de 1936, en concordancia con la ponencia, acogió la propuesta de sustituir la expresión "personalidad", utilizada por dicho código, por la de "persona". En cambio, la iniciativa de reemplazar, cuando ella fuera posible, la expresión "hombre" por la de "ser humano" no tuvo la misma fortuna. Como tampoco la tuvo el planteamiento de designar a la persona natural como persona individual y a la persona jurídica como persona colectiva, siguiendo la inspiración del Código Civil portugués de 1967.

La expresión "personalidad", desde nuestro punto de vista, constituye una vertiente de la persona, por lo que le es inherente. Esta última, tal como se ha manifestado, es una manera de ser del "sujeto de derecho", que no es otro que el ser humano. El término "personalidad", de otro lado, no tiene, como también se ha expresado, la significación de "aptitud o idoneidad" para ser "sujeto de derecho", ya que éste de suyo, es titular de situaciones jurídicas subjetivas, por lo que desde este ángulo conceptual le es, también, algo inherente. No olvidemos, por lo demás, que la "persona" es sólo una categoría del más genérico concepto de "sujeto de derecho", y que ambos se refieren a un único y mismo ente: el ser humano.

Somos de la opinión que el término "personalidad", más propio del

mundo de la psicología, tendría la significación de constituir la "proyección social" de la persona. Es decir, la manera como se presenta o manifiesta el ser humano nacido en la vida social. La *personalidad* vendría a ser, en otros términos, la realización concreta de la persona en el mundo fenoménico, a través de conductas humanas intersubjetivas. En este último sentido, no se trata de otra cosa que del despliegue factual de la libertad. Con dicha expresión nos estaríamos refiriendo a aquello que algunas constituciones y códigos describen con la expresión de "libre desenvolvimiento de la personalidad" o de "libre desarrollo" de la persona [(52)].

Dentro de nuestro esquema de "lo jurídico", con el concepto "personalidad" se alude, tal como se establece en el párrafo anterior, a la "proyección social" de la persona, a tal como ella se presenta "en el mundo", ante la mirada de los demás. En otras palabras, con tal noción se designa el conjunto de atributos y calidades de que está dotada cada persona. La "personalidad" sería, así, la peculiar "manera de ser" de la persona, el conjunto de rasgos sicosociales que la diferencian de las demás en cuanto, si bien todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta precisa significación la que le asignamos a dicho concepto dentro de nuestra visión integral, de "lo jurídico". Por ello, la noción de "personalidad" es inherente a la "mismidad" del ser humano en cuanto persona natural. Ello, ya sea que se le considere como "proyección social" de la persona o como aptitud o idoneidad para ser tal.

La "personalidad" se va conformando y, por tanto, exhibiendo ante la mirada de los "otros", en mérito a la libertad del ser humano. Si éste no fuera libre sería imposible que cada cual lograse su identidad personal. Es decir, su propia personalidad, que es la expresión social de su identidad personal.

En síntesis, cabría afirmar que se *es* persona y, por consiguiente, que se *tiene* personalidad, que no es otra cosa que su "proyección social". La personalidad es, así, inseparable de la persona.

12.-SUJETO DE DERECHO, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD JURIDICA.

Del título de este parágrafo debería eliminarse el concepto de "personalidad" en atención a lo expuesto en precedencia y concretarse el análisis, por consiguiente, a determinar la relación existente entre "sujeto de derecho" y "capacidad jurídica". Ello, en virtud que, desde nuestro punto de vista, el concepto de "personalidad" puede eliminarse en la medida que, como se ha demostrado en el parágrafo 11, es inherente a la noción

(52) El Capítulo I del Título I de la Constitución peruana de 1979 se refería a los "derechos de la persona". Lo mismo ocurre en la Constitución de 1993 donde dicho capítulo I se titula "Derechos fundamentales de la persona".

de "sujeto de derecho" y, por ende", a la de "persona".

No obstante lo dicho, no está demás hacer referencia a la confusión que conlleva la innecesaria utilización del concepto de "personalidad" como noción idéntica, equivalente, a la de persona. En realidad, la personalidad no constituye, como se ha anotado, una categoría conceptual autónoma en relación con la de "sujeto de derecho" o con la de "persona" en cuanto es inherente a su naturaleza. No es algo exterior al ser humano, que se le atribuya por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la relación que se asigna a los términos de "personalidad" y "capacidad jurídica", cabe señalar que la mayoría de los autores identifican, sin más, la significación de dichos conceptos. Es decir, que para ellos se tiene personalidad porque se es capaz y se es capaz porque se tiene personalidad. Ambos términos vendrían a significar lo mismo, es decir, la idoneidad o aptitud de la persona para ser "sujeto de derecho" o "persona", es decir, para ser titular de derechos [(53)]. Desde nuestro punto de vista, de acuerdo a la significación anteriormente expresada, ambos conceptos son inherentes al ser humano en cuanto "sujeto de derecho". Y es que no se puede concebir a un ser humano, en cuanto sujeto de derecho, que carezca, en cuanto tal, en sí mismo, tanto de capacidad jurídica como de personalidad, cualquiera sea la significación que la doctrina le atribuya a estas dos últimas expresiones.

En cuanto a lo mucho y contradictorio que se ha escrito sobre las relaciones de los términos personalidad y capacidad jurídica, y sin ánimo de agotar la bibliografía al respecto, es pertinente anotar que ciertos autores estiman que la personalidad es el presupuesto de la capacidad jurídica, mientras que otros, contrariamente, consideran que es más bien la capacidad jurídica el prepuesto de la personalidad. Para los primeros, sólo a quien tiene personalidad se le puede considerar más o menos capaz. Para los segundos, en cambio, la capacidad jurídica es la que determina la personalidad.

Algunos autores, por su parte, se esfuerzan por distinguir un término del otro. Así, para Dusi, por ejemplo, bajo el termino "personalidad" se denota la aptitud que tiene un determinado ente para ser sujeto de derecho, mientras que el vocablo "capacidad jurídica" vendría a ser el ámbito o espacio en que se mueve la persona. Es decir, la medida de la personalidad [(54)]. En este mismo sentido, José Luis Aguilar Gorrondona sostiene que, precisamente, por existir esta diferencia entre ambas nociones es que se puede afirmar que la "personalidad" no admite grado, simplemente se

---

(53) Así, entre los autores que identifican "personalidad" y "capacidad" cabe citar, por ejemplo, a Aubry et Rau ("Cours de Droit civil franacais". t. I,.Paris, 1936, pág. 305) y Trabucchi ("Istituzioni di Diritto Privato", vol. 1, 6a.ed., Milano, 1943, pág. 59).

(54).- DUSI, "Istituzioni di Diritto Civile", vol.1, 5a.ed., Torino, pág. 51.

tiene o no se tiene, mientras que la capacidad Jurídica puede ser mayor en unas personas y menor en otras. Es decir, es variable según los casos, admite grados [55].

Otro sector de la doctrina considera que, si bien la "capacidad jurídica es la nota determinante y hasta definitoria de la "personalidad" no es, sin embargo, la única. A su lado existen otros atributos de la "personalidad" como son, entre otros, el nombre, el domicilio y el patrimonio.

Como se aprecia de lo escuetamente señalado, la doctrina jurídica ha venido designando con vocablos diferentes un mismo concepto. En efecto, un sector mayoritario suele atribuir, generalmente, a los términos de "capacidad jurídica" y de "personalidad" el mismo significado. Nos referimos a la aptitud o idoneidad del ser humano para ser titular de derechos y deberes o, más precisamente, de situaciones jurídicas subjetivas. Es decir, para ser "sujeto derecho".

Frente a lo sintéticamente glosado en el párrafo anterior, somos del parecer que, contrariamente a lo señalado, se tiene personalidad y capacidad jurídica en cuanto se es ser humano o, para decirlo con una expresión jurídica, "sujeto de derecho". Si esto es así, reiteramos lo anteriormemente expuesto, en el sentido que ambos conceptos son inherentes al "sujeto de derecho". Es decir, integran la noción de "subjetividad", tan cara a la doctrina italiana, pero que nosotros preferimos no utilizar a fin de evitar poner en circulación un término adicional -equivalente a "sujeto de derecho"- que comportaría un elemento más en la confusión reinante en la materia. En síntesis, "capacidad jurídica" y "personalidad", no obstante las variadas versiones que de ellas se puedan exhibir en el vasto catálogo jurídico, pertenecen al ámbito mismo del ser humano, le son indesligables en cuanto pertenecen a su "mismidad". Por ello, no configuran conceptos independientes, que adquieran significación autónoma fuera de las fronteras propias de aquel ente que designamos como ser humano y que, como se ha reiterado, el único "sujeto de derecho".

Por nuestra parte, y tal como lo hemos manifestado (ver & 10) preferimos reservar la noción de "personalidad", en cuanto inherente a la de "sujeto de derecho", para expresar la *proyección social* de la persona natural. Es decir, para significar el conjunto de atributos o características sicosomáticas que cada ser humano, de modo singular, exhibe dentro del marco de sus relaciones comunitarias o, dicho con otras palabras, el modo como cada cual exterioriza sus decisiones libres en el mundo de las relaciones sociales. La "personalidad" vendría a ser, por consiguiente, aquello que los demás aprecian de la identidad de cada ser humano, es decir, de lo que constituye su "verdad personal". O, dicho en otros términos, el mo-

(55) AGUILAR GORRONDONA, José Luis, "Derecho Civil", Universidad Católica Andrés Bello, 4a. ed., Caracas, 1974, pg. 45 y sgts.

do en que cada ser humano vive y construye su identidad dinámica, libremente escogida, dentro de los naturales condicionamientos que la limitan y constriñen.

Dedicamos el parágrafo 15 a la determinación de los alcances que tiene para nosotros el concepto "capacidad jurídica."

13. LIBERTAD E INSTRUMENTAL SICOSOMATICO

La libertad, en que consiste el ser humano y tal como oportunamente se indicara en su lugar (ver & 7b), tiene dos instancias. La interior, subjetiva, íntima, es aquella de las decisiones. Es el instante en el cual el yo, después de una valoración, prefiere una determinada opción, una cierta conducta sobre cualquier otra. Es el momento recoleto en el cual el ser humano adopta un proyecto de vida, a corto, mediano o largo plazo, dentro de su relativo tiempo existencial.

Por lo general, las decisiones libremente adoptadas en el fuero interno del sujeto, en su mundo subjetivo, trascienden el yo, se extrovierten, emergen de la pura subjetividad del ser humano para, luego de tratar de superar los múltiples condicionamientos a que está sometida la persona, poder concretarse en acciones, en conductas intersubjetivas, en comportamientos, en "maneras de ser". La libertad, en síntesis, se fenomenaliza. El proyecto existencial, como decisión libre del sujeto, exige ser ejecutado. El ser humano aspira a su plena realización a través del cumplimiento de su proyecto de vida..

La libertad tiende a desplegarse en el mundo, a ejercerse, real y efectivamente, a desenvolverse o desarrollarse, para el cumplimiento del proyecto existencial, para su cabal "realización personal". La libertad, que es una en cuanto constituye el ser mismo del hombre, aparece en el mundo exterior a través de logrados comportamientos mediante los cuales cada ser humano construye su propia e intransferible biografía.

Precisamente, para que la libertad pueda fenomenalizarse y el ser humano, por consiguiente, se realice, es necesario crear el ambiente coexistencial adecuado para que la decisión libre encuentre el menor número de "impedimentos" posibles, el mínimo de resistencias ambientales, y sea realidad aquello que las constituciones o códigos generalmente describen como el derecho de toda persona "al libre desarrollo de su personalidad". De ahí que el derecho, como estructura existencial, coloca a cada ser humano en una determinada "situación jurídica subjetiva", es decir, le señala a través de expresiones valiosas que se concretan en normas jurídicas, sus "derechos subjetivos" y sus "deberes" en cada una de las posiciones en las que se halle situado en el mundo jurídico. El universo de "situaciones jurídicas subjetivas" determina la posición que para el derecho le corresponde a cada ser humano en el discurrir temporal, en la vida social.

La libertad, en cuanto ser, como *potencialidad*, requiere de un *instrumental* para fenomenalizarse, para transformarse en conductas humanas intersubjetivas. El más próximo al yo, que es libertad, está constituída por la envoltura sicosomática, es decir, por el cuerpo -en sentido estricto- o soma y la sique. Es decir, por la inescindible unidad sicosomática. El mundo exterior, en que se encuentran los "otros" y las cosas, conforman el horizonte ambiental con el que debe contar la libertad, en cuanto *decisión*, para fenomenalizarse.

Paradojalmente, ambas dimensiones instrumentales de la libertad decisional, si bien permiten en ciertos casos la realización del proyecto existencial se convierten, en otras situaciones, en elementos que, en determinadas circunstancias, limitan, restringen o impiden la realización de la libertad existencial, su fenomenalizacion, su despliegue en el mundo exterior. En esta última hipótesis, podemos decir que el proyecto de vida se ha frustrado.

Para comprender los alcances de la "capacidad jurídica" es de suma importancia distinguir, no obstante que el ser humano constituye una unidad existencial, la función decisoria del "yo", como centro de la libertad y de la identidad de cada ser humano, del rol que compete al instrumental del cual se vale, necesaria e ineludiblemente, dicho ser para "hacer su vida", para realizarse como persona.

La libertad, en cuanto instancia de decisión subjetiva, requiere, dentro de la unidad constitutiva del ser humano, de su "envoltura sicosomática", es decir, tanto de su cuerpo -entendido en sentido estricto- como de su voluntad, de sus sentimientos y de su capacidad intelectiva, para desplegarse en el espacio-tiempo histórico. Es por ello indispensable, dentro de aquella inescindible unidad, diferenciar teóricamente las dos instancias a las cuales nos hemos referido en su lugar (ver & 7b). Estimamos que en este distingo -que equivale, como se ha anotado, al que existe entre la potencia y el acto- radica la cabal comprensión de la capacidad jurídica, tanto en la dimensión de la llamada capacidad general o de "goce" como en aquella designada como especial, de "obrar" o de "ejercicio".

En síntesis, la instancia subjetiva de la decisión libre precede existencialmente, dentro del proceso unitario en que consiste la libertad, a su puesta en marcha fenoménica, a su presencia en el mundo. Esta presencia, como se ha reiterado, se hace posible mediante el instrumental sicosomático, dentro del cual y para efectos jurídicos, la voluntad juega, por lo general, un rol predominante [(56)]. La voluntad, simultáneamente con el vivenciamiento emocional y la racionalización de la decisión, conforman el

(56) Tan es así que se suele definir al acto o negocio jurídico como "una declaración de voluntad".

mecanismo de que dispone la libertad para tratar de convertir tal decisión en acto, en comportamiento, siempre que se logre superar los condicionamientos que la constriñen.

El deslinde entre las dos instancias del ser libertad, de un lado, y su instrumental sicosomático, del otro, es teóricamente decisivo, desde nuestro punto de vista, para comprender cómo la capacidad juridíca general o capacidad de goce pertenece al núcleo mismo del ser humano, a su yo, mientras que la capacidad de "ejercicio", que se contrae a su expresión fenoménica, se hace patente mediante la intermediación del instrumental sicosomático con que cuenta la persona para realizarse. La capacidad jurídica general, conocida como de "goce", es la potencialidad propia del ser humano, sin la cual no se podría comprender la libertad. Esta se constituye, precisamente, como la potencialidad que hace posible que el ser humano "haga su vida", se realice en el mundo. La capacidad especial o de "ejercicio", mientras tanto, es su actuación en la vida social sujeta, por consiguiente, a los avatares del diario existir, a las limitaciones o a los impedimentos propios de su "circunstancia". Todo ello dentro de la unidad que es constitutiva del ser humano.

14. LIBERTAD Y CAPACIDAD JURIDICA

Sobre la base de lo hasta aquí sintéticamente expuesto, podemos sostener que la "capacidad jurídica" general o de "goce" es constitutiva del ser humano. Es del todo incomprensible concebir la libertad sin su inherente y constitutiva "capacidad" de convertir la potencia, en que ella primariamente consiste, en acto, en una actuación concreta, en su fenomenalización. Es una potencialidad que le es inherente en su "mismidad". Es su natural aptitud para ser sujeto de derecho, titular de derechos y deberes o, mejor, de situaciones jurídicas subjetivas. Es, en fin, una connotación propia de su radical libertad. Ser libre es, precisamente, *ser capaz* de realizarse como tal. La libertad, que es potencialidad en su instancia subjetiva, tiene una intrínseca *vocación* de transformarse en acto, de convertirse en comportamientos que trasunten esa vocación que es, por lo demás, una natural exigencia existencial como es la de concretarse en realizaciones humanas. En ello consiste "la vida de la libertad" que somos.

No tendría sentido concebir la libertad sin la capacidad jurídica que le es inherente. De nada valdría *ser libre* si se careciese de la potencialidad, característica del ser humano, de *actuar* como ser libre en el mundo fenomonico. La libertad es, por ello, un *proceso unitario* que nos permite vivir.

De ahí que podamos comprobar que la libertad, en su instancia subjetiva decisoria, y la capacidad jurídica general o de "goce", en cuanto pura potencialidad, participan de la misma naturaleza, no cabe separar una de otra. Existe una identificación entre la libertad, en cuanto ser del hombre,

y su inherente potencialidad de proyectarse al mundo fenoménico. Se es capaz, precisamente, por que se es libre y para "vivir" como ser libre. Ser libre implica ser capaz. No se lograría aprehender en qué consiste la libertad, en cuanto ser del hombre, si no la concibiéramos como potencialidad, como capacidad para convertirse en actos libres. El ser humano es intrínsecamente *capaz* de ejercer su libertad decisoria en el mundo fenoménico.

La "capacidad jurídica", en sentido general, se confunde, por lo tanto y como se ha dicho, con la libertad constitutiva del ser humano, en cuanto participa de su naturaleza. Esta "capacidad jurídica" es la que los juristas comunmente designan como capacidad de "goce" o de "derecho", para diferenciarla, a nivel de la dogmática jurídica, de aquella otra que se suele conocer como capacidad de "ejercicio", "de hecho" o de "obrar".

Es importante señalar que todo cuanto se sostiene y atribuye al ser humano se fundamenta en su plenaria realidad. El ser humano no puede ser separado de lo que constituye su propio ser, es decir, la libertad, ni tampoco de sus comportamientos o acciones. Y, viceversa, la libertad y las conductas sólo pueden referirse al ser humano. La libertad se fenomenaliza en conductas y éstas, a su vez, son indesligables de la libertad. Por ello es que "las acciones del hombre, privadas de su referencia a la libertad que las origina, se reducirían a tramos de su naturaleza" [(57)]. Y, como sostiene Cossio, las conductas humanas "no son independientes o separables del hombre que las hace [(58)]. En síntesis, se trata de dos términos de una misma realidad. Esta mostración del ser humano en su plenaria realidad nos permite apreciar, aún con mayor claridad, la esencial relación entre libertad y capacidad jurídica general y entre éstas y las conductas humanas que constituyen la vida del hombre y que son originadas, en un único proceso existencial, por una decisión libre y una capacidad para actuarlas. Su actuación, es decir, los comportamientos que realmente se realizan e integran la experiencia jurídica, son la conversión en actos de aquella potencialidad propia de la libertad y de su inherente capacidad jurídica.

Obviamente, todo lo hasta aquí expresado se contrae, exclusivamente, a la "capacidad jurídica", en sentido general, que no es, como se ha precisado, sino una connotación de la libertad en su instancia decisoria.

Por lo expuesto, esta "capacidad jurídica", en cuanto potencialidad inherente a la libertad, no admite excepciones, limitaciones, restricciones, de ninguna indole, impuestas por la ley. La libertad, y su inherente capa-

(57) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La persona en la doctrina jurídica contemporánea", Universidad de Lima, Lima, 1984, pág. 65.

(58) COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del derecho y el concepto Jurídico de libertad", Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 484.

cidad, sólo se extinguen totalmente con la muerte del ser humano.

15. CAPACIDAD JURIDICA (O DE GOCE) Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

a.- La capacidad como potencialidad de la libertad

De todo lo dicho fluye, según nuestro punto de vista, que la "capacidad jurídica general" o de "goce" es propia del ser libre, participa de su esencia, ya que no sería factible actuar la libertad, transformar las decisiones libres que ella comporta en la instancia subjetiva en conductas humanas intersubjetivas, de no existir esta potencialidad, que no es otra cosa que aquello que detectamos como "capacidad". Es pues indesligable la "capacidad general" de la libertad en tanto le es consubstancial.

Es por ello, tal como lo hemos remarcado en precedencia, que así como no cabe ninguna restricción legal de la libertad en *sí misma*, como subjetiva e insecuestrable instancia de decisión, tampoco es posible establecer limitaciones legales a aquello que le es inherente, que participa de su misma naturaleza, como es la *capacidad* de convertir la potencia -en que ella consiste- en acto o comportamiento.

Cabe señalar que así como todos los seres humanos son igualmente libres, también y por consiguiente, todos ellos son igualmente capaces. Se es libre o no se es. Se es capaz o no se es. En esta instancia ontológica del ser no existe la posibilidad de grados, de matices, de medidas. No es posible la semilibertad como tampoco es imaginable la semicapacidad. Se es plenamente libre y, por ende, plenamente capaz. Las limitaciones, de todo orden y jaez, se hacen presentes cuando el ser humano decide transformar su potencial libre decisión en realizaciones a nivel fenoménico. Es en este instante del proceso de la libertad donde se encuentran los condicionamientos que la constriñen, incluyendo dentro de ellos, ciertamente, no sólo los provenientes del mundo interior, de la envoltura sicosomática, sino también aquellas de carácter ambiental, entre las que se hallan las de carácter legal.

b.- Imposibilidad existencial de limitar legalmente la capacidad jurídica general o de "goce"

Como lo hemos establecido con anterioridad, la libertad y la capacidad, que le es inherente, sólo se extinguen con la muerte de la persona. Por ello no existe, como sostiene la doctrina y la legislación penal, "penas privativas de la libertad". Es del todo imposible "privar" de libertad al ser humano vivo, desde que ello supone destruir su ser. Lo que realmente ocurre en la experiencia es que se restringe o limita o se priva legalmente al sujeto, en mayor o menor medida, de *ciertas* manifestaciones fenoménicas de esa libertad. Es decir, se le priva del *ejercicio* de algunas capacidades que le son inherentes en cuanto ser humano, pero nunca de la liber-

tad *en sí misma,* en cuanto ésta constituye el ser del hombre.

De lo dicho se desprende que cuando el derecho positivo tutela, a través de una norma expresa -que configura un derecho subjetivo- o mediante una cláusula general, la vida de un ser humano está, de hecho, protegiendo la libertad en que consiste su ser. Lo que el derecho positivo tutela expresamente son las llamadas "libertades", que no son otra cosa que diversas manifestaciones fenoménicas de la libertad.

La única capacidad que sí es posible privar-o restringir-por disposición de la ley es, como está dicho, la denominada capacidad de "ejercicio" o "de hecho". Ello, por cuanto esta capacidad no afecta el ser mismo del hombre, su potencialidad de transformar en actos libres decisiones radicalmente libres. La capacidad de ejercicio no atañe a la esfera del ser del hombre, en cuanto tal, sino tiene que ver con la envoltura o instrumental sicosomático de que se vale el ser humano para realizarse, para "hacer su vida".

Desde esta óptica no cabe, por consiguiente, referirse a una incapacidad de "goce" relativa como se suele considerar por un sector mayoritario de la doctrina y de la legislación comparada. Las únicas limitaciones posibles, tanto absolutas como más o menos relativas, conciernen al ámbito de la capacidad de "ejercicio", que se contrae y circunscribe a la puesta en marcha de la libertad en cuanto "capacidad jurídica general" o de "goce".

c.- Las instancias del proceso en que consiste la capacidad jurídica

Sobre la base de lo expuesto cabe sostener que la "capacidad jurídica general" o de "goce", inherente y propia de todo ser humano, es presupuesto y precede existencialmente, dentro de un único proceso, al instante fenoménico de la llamada capacidad de "ejercicio" o de "hecho", la misma que se despliega en el mundo exterior, por lo que está sujeta a la condición y circunstancias especiales en que está situado el ser humano y a las pertinentes disposiciones de la ley. Así como la "capacidad jurídica general" es inherente a la libertad ontológica, la capacidad de ejercicio radica y depende enteramente de su aparato sicosomático. En este nivel, ya no se atiende a la libertad sino a las específicas calidades de cada ser humano. Si bien todos los seres humanos, desde la concepción hasta la muerte, están dotados de "capacidad jurídica general", en cuanto potencialidad inherente a su libertad constitutiva, no todos los seres humanos son capaces de ejercicio.

La capacidad de ejercicio o de obrar está ligada a factores propios de cada ser humano. El concebido, por ejemplo, por su propia situación no tiene capacidad de ejercicio no obstante que, por su naturaleza de ser libre, esta dotado de capacidad jurídica general. Es, por ello un sujeto de

derecho. Su potencialidad de ser libre y capaz se ejercita por quienes lo representan de conformidad a ley. Lo mismo puede decirse de los infantes o los enfermos mentales, quienes también por su específica situación tienen una limitada o nula capacidad de ejercicio, según los casos, Sin embargo nadie puede negar que ambos son seres libres y capaces de derechos. En análoga circunstancia se halla el extranjero quien según el ordenamiento jurídico peruano no puede adquirir propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. A pesar de esta limitación en su capacidad de ejercicio, no se puede sostener que carece de capacidad jurídica general, es decir, la potencialidad de ser propietario. De ahí que, de cambiar la disposición restrictiva en referencia, readquirirá su capacidad para ejercitar su capacidad jurídica general a ser propietario dentro de dicha franja territorial. Y es que en ningún momento perdió tal potencialidad. Ella sólo estuvo restringida.

Existe, en este orden de ideas, dentro de un único e inescindible proceso, subordinación existencial de la capacidad de ejercicio frente a la capacidad jurídica general o de goce.

Desde nuestro punto de vista carece de sentido mantener el dualismo tradicional en materia de capacidad jurídica, ya que se trata de un único proceso. En lo que atañe a la capacidad de "goce" cabe reiterar que ésta se halla instalada en el ámbito de la libertad, como una potencialidad que le es inherente. Este tramo subjetivo de la capacidad jurídica general o de goce es indiferente al derecho positivo. Y es que así como no se puede privar al ser humano de su libertad ontológica, tampoco se le puede negar o limitar jurídicamente dicha potencialidad. Tanto la libertad como la capacidad jurídica general o de goce pertenecen al ser mismo del hombre, esfera que es ajena al derecho positivo. En este sentido la libertad y la capacidad jurídica general constituyen un ineludible presupuesto, un *apriori*, que el derecho positivo asume para los efectos de regular valiosamente su debida protección, garantizando su *ejercicio* en el mundo de la intersubjetividad, con las excepciones y salvedades determinadas por la ley.

De lo expuesto se deduce que lo que interesa al derecho positivo es únicamente la capacidad de "ejercicio". Es tarea principalmente de la doctrina definir sus alcances, reflexionar sobre la conveniencia y modalidad de sus limitaciones, dentro de la perspectiva propia del derecho que es la de tutelar, de la mejor manera posible a aquél que, siendo jurídicamente capaz en cuanto ser libre, por alguna razón, ya fuere ésta la edad o la salud mental o cualquier otra atendible circunstancia, no pueda ejercerla, por *sí mismo*, en el mundo fenoménico. Como el incapaz de ejercicio nunca pierde su condición natural de ser libre y, por consiguiente, de ser jurídicamente capaz, mantiene potencialmente sus derechos, los mismos que son ejercidos a través de otros seres humanos quienes lo representan por mandato de la ley.

Estimamos que designar como capacidad de "goce" a la capacidad jurídica general inherente a todo ser humano en cuanto tal, no contribuye a la clarificación del problema. Por el contrario, el uso de este término constituye un elemento de imprecisión, de confusión. En realidad el *efectivo goce* de la libertad (en virtud de su inherente capacidad que, como reiteramos, es una mera potencialidad), sólo es realmente posible cuando se concreta mediante alguna de sus realizaciones fenoménicas. Es decir, se goza y se disfruta de la libertad, en que el ser humano consiste y de su inherente capacidad, sólo cuando la libertad se convierte en conducta, cuando la potencialidad se concreta en acto. De ahí que el ejercicio de la capacidad del ser libre es, realmente, el momento del goce o disfrute de aquella potencialidad. La simple decisión, la mera potencialidad, no proporciona al sujeto el verdadero goce de sus derechos. Sólo disfruta de ellos cuando logra concretarlos en efectivos comportamientos.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, somos de la opinión que los juristas deberían abandonar la designación de capacidad de "goce" para referirse a la capacidad jurídica general, ya que el goce, en verdad, se obtiene cuando se es capaz de ejercitar tal capacidad general. De ahí, que, a partir de lo expuesto, terminológicamente "goce" y "ejercicio" signifiquen, realmente, lo mismo.

Baste pensar, a propósito de lo que venimos planteando, que posiblemente muchos seres humanos pasen por la vida sin tener conciencia de que son ontológicamente libres. Ellos no han tenido, tal vez, oportunidad de vivenciar esta singular experiencia a la que la vida nos llama en contadas oportunidades, es decir, en aquellas en las que debemos asumir una decisión de suma importancia para nuestro destino y que, por ello, nos enfrenta a nuestra propia responsabilidad de seres libres, experiencia que nos hace presa de una angustia existencial. Sin embargo, serán probablemente numerosos aquellos otros seres humanos que, sin haber tenido la honda y radical experiencia de su libertad, se "sientan" libres cuando advierten en el mundo fenoménico una coincidencia entre sus decisiones y sus realizaciones.

Preferimos, por lo expuesto, designar simplemente como "capacidad jurídica general" a la que es inherente a la naturaleza del ser humano y referirnos a la que se denomina capacidad de "ejercicio" como capacidad de "goce".

Comprendemos que dicha sugerencia, que trata de ser fiel a la realidad de la vida, ha de encontrar, si fuere certera, la oposición de la tradición y de quienes la defienden, en toda circunstancia, tiempo y lugar, sin mayor discriminación, negándose a toda reflexión crítica. No obstante, esta verificación, ello no nos impide proponer esta aparentemente descabellada iniciativa de orden semántico que, probablemente, no tendrá mayor acogida.

Como lo venimos sosteniendo, es sólo en la instancia fenoménica que el derecho puede limitar el ejercicio de la capacidad jurídica general. No podemos perder de vista, por lo demás, que el derecho no regula el mundo de la subjetividad sino tan sólo el de la intersubjetividad, el de las relaciones interpersonales.

En síntesis, la incapacidad de ejercicio no supone, ciertamente, ni negar ni limitar la libertad ni la capacidad jurídica general, que es propia del ser humano. El derecho, en su versión normativa, no puede desconocer o limitar ni la libertad ontológica ni su inherente capacidad. Ellas son su presupuesto.

d.- La capacidad de "ejercicio" es la única que interesa al derecho positivo

La dimensión de la libertad radical del ser humano y de su inherente capacidad son materia de estudio de la jusfilosofía. Corresponde a la dogmática jurídica, en cambio, el minucioso y acertado tratamiento de la llamada capacidad de "ejercicio", que es el único tramo del proceso de la capacidad legalmente manipulable por el ordenamiento jurídico positivo.

Son múltiples los problemas e imprecisiones que aún persisten en la doctrina jurídica en cuanto a la protección del incapaz de "ejercicio". Imprecisiones que, ciertamente, se reflejan tanto en la legislación como en la jurisprudencia comparadas. Es largo y arduo el camino que debe recorrer el jurista de nuestra época para obtener, con el indispensable auxilio de otros especialistas, mediante su inserción en grupos pluridisciplinarios, una más adecuada protección del ser humano que la legislación describe como "incapaz de ejercicio".

Ello sólo será posible, a nuestro entender, a partir de un mejor y más fino conocimiento del ser humano actuante en el escenario de la cotidianidad. Para ello, el jurista debería intentar dejar de lado, en un primer momento, construcciones conceptuales rígidas impuestas por la tradición y observar, con nueva óptica, la realidad del ser humano incapaz para tutelarlo de acuerdo a su interés existencial y no sólo proteger, de modo preponderante, el interés económico de los terceros, económicamente dependientes del incapaz, o la seguridad de la sociedad.

De todo lo hasta aquí expresado sobre la libertad y la "capacidad" se infiere que, así como sólo existe una única libertad, no obstante los dos tramos en que es posible comprenderla, así también no cabe sino referirse a una única "capacidad jurídica", la misma que se despliega en dos momentos distinguibles el uno del otro, no obstante su unitaria secuencia existencial. Por ello, contraponer a nivel jurídico una frente a la otra carece de sentido práctico, ya que al derecho positivo sólo interesa el tratamiento del instante fenoménico en que consiste la denominada capacidad

de "ejercicio". Para los efectos jurídicos sólo es posible referirse a ésta última instancia de la capacidad.

Sobre la posición que venimos planteando en este trabajo, recordamos haber leído en la década de los años sesenta -en que por primera vez este tema se constituyó para nosotros en un problema por resolver- un libro en que se negaba el dualismo tradicional de capacidad de "goce" y capacidad de "ejercicio". Nos referimos al que en la década de los años 50 publicara Marco Aurelio Risolía y en la que se sostiene que "no cabe duda que hoy, a la luz de una crítica rigurosa, borraríamos tal vez la distinción tradicional entre capacidad de derecho y capacidad de hecho, distinción que pareciera escindir lo inescindible y separar una capacidad jurídica de otra extraña al ordenamiento legal" (59).

16. LA CAPACIDAD JURIDICA, ¿ES UNA CALIFICACION FORMAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO?

De las reflexiones que anteceden se desprende que la capacidad jurídica general -o de "goce"- no es una calificación formal que proviene del ordenamiento jurídico positivo, sino una calidad inherente al ser mismo del hombre. El ordenamiento jurídico positivo, que es una construcción conceptual del ser humano, no tiene otra alternativa que reconocer la capacidad jurídica general como una cualidad definitoria del ser del hombre.

Al hacer expresa mención a la capacidad jurídica general nos hallamos frente a una situación existencial que es previa a todo constructivismo jurídico la cual, por consiguiente, adquiere la categoría de presupuesto del derecho, el mismo que podría exponerse en los siguientes términos: *el ser humano es libre y, por ello, capaz de convertir en acto sus decisiones y, por ser libre y capaz, es el único sujeto de derecho.* La libertad implica capacidad de fenomenalización y el ente libre y capaz, es sujeto de derecho. Sobre la sólida base de esta comprobación existencial se sustenta y desarrolla la disciplina jurídica. Por ello, esta realidad existencial no dimana de una calificación formal del ordenamiento jurídico positivo, el que sólo puede reconocerla y regularla en su dimensión fenoménica coexistencial.

En cambio, la capacidad de ejercicio, que es la fenomenalización de la capacidad jurídica inherente al ser humano, si puede sufrir limitaciones o restricciones impuestas por la ley, ya sea por razones de edad (concebido, infante), por deficiencias volitivas o intelectivas, por enfermedades mentales o por cualquier otra causa o circunstancia atendible tendente a tutelar al ser humano que se halla en alguna de éstas u otras análogas cir-

(59) RISOLIA, Marco Aurelio, "Capacidad y contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 14.

cunstancias o cuando se ponga en serio riesgo el interés de terceros o la seguridad social. Pero, aún en estas especiales situaciones no puede perderse de vista el prevaleciente interés que significa la tutela del ser humano concreto.

Quien transitoriamente en el decurso del periplo vital carece de voluntad por razones de edad o quien la ha perdido no es un incapaz a nivel de la capacidad jurídica o de goce. Se trata tan sólo de un sujeto que, por las razones anteriormente expuestas, como es el caso del concebido, del infante o del enfermo mental, es tan sólo incapaz de *ejercer, por sí mismo,* su natural capacidad jurídica o de goce requiriendo, por estas especiales circunstancias, la protección del derecho.

Estimamos que la generalidad de las construcciones conceptuales en torno a la capacidad jurídica adolecen de un error metodológico que consiste en no partir de la vida humana, en no considerar al ser humano en su experiencia coexistencial, en no confrontar o verificar las abstracciones racionales con la fluída, dinámica y palpitante realidad.

Si bien el derecho es la interacción dinámica de la vida humana social, los valores y las normas jurídicas, en la que no se puede prescindir de ninguno de sus componentes, también es cierto que toda construcción jurídica conceptual debe encontrar su sustento en un *apriori* que no es otro que el elemento primario -si bien no el único- que es la vida humana social. No puede perderse de vista, en cualquier circunstancia, la incontrastable realidad de que el derecho es una exigencia existencial, una imprescindible creación del ser humano para el efecto de regular valiosamente su vida comunitaria.

17. LA CAPACIDAD EN LA LEGISLACION COMPARADA

No es posible realizar, en estas breves páginas, una revisión exhaustiva de las diversas posiciones doctrinarias en torno al problema de la capacidad jurídica y de sus complicadas relaciones conceptuales con las nociones de libertad, subjetividad, persona y personalidad. Por ello, sólo formularemos algunos breves apuntes a nivel de la legislación comparada.

La noción de capacidad jurídica no se encuentra en el texto precursor del Landrecht de 1756, ni aparece tampoco en los códigos civiles francés de 1804 y austriaco de 1811. Luego de un largo proceso evolutivo, que se gesta en el seno del jusnaturalismo y se perfecciona con la pandectística, el concepto genérico de capacidad recién lo hallamos en el art. 1 del Código civil alemán de 1900. En este numeral se establece textualmente que: "La capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento". Se trata de una fórmula general y abstracta muy propia de la técnica empleada por el codificador germano de fines del siglo XIX.

Se advierte en dicha enunciación, en razón de la época en que fue elaborada, el desconocimiento de la verdad científica de que la vida humana y, por ende, la capacidad jurídica, como potencialidad y posibilidad, están ya dadas en la clave genética del ser humano en el instante de la concepción. Es desde este momento que el ser humano es libre y potencialmente capaz. Y, por ser libre y potencialmente capaz, el concebido es sujeto de derecho, titular de situaciones jurídicas subjetivas y digno de la más amplia protección jurídica. Es así como es normativamente tratado por el art. 1 del Código civil peruano de 1984.

Por lo demás, en el art. 1 del Código civil italiano no se hace ninguna distinción entre la capacidad denominada de goce y la de ejercicio, ni se establecen limitaciones de ninguna clase. Es decir, se trata de una declaración genérica, concebida sobre el modelo del Código civil alemán, en el sentido que reconoce una cualidad inherente al ser libertad aunque, como se ha manifestado, está dicho, como si tal intrínseca calidad se adquiriera tan sólo a partir del nacimiento, desconociéndose la realidad anterior en que consiste la vida humana.

En el segundo parágrafo del mencionado art. 1 del Código civil italiano se establece que: "Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento". El error del codificador italiano resulta, a la altura de nuestro tiempo, científicamente elocuente en la medida que, al igual que el Código civil germano, desconoce la calidad de ser humano del concebido y, por ende, subordina tanto esta calidad como su inherente capacidad al evento del nacimiento que, como se ha expresado, es sólo una segunda etapa en el proceso ininterrumpido del humano existir que, iniciándose con la concepción, concluye con la muerte.

Como se ha podido percibir, los códigos civiles antes mencionados no definen en qué consiste la capacidad ni formulan ninguna clase de distingos ni establecen excepciones. Son declaraciones del todo genéricas. Ha correspondido a la doctrina precisar los alcances de dicha noción, con las contradicciones y las discordancias puestas de manifiesto en este trabajo.

18. LA CAPACIDAD JURIDICA EN LA LEGISLACION PERUANA

El Código de 1852 no pudo sustraerse al positivismo imperante en los tiempos de su gestación. Es por ello que en el art. 2 declara que: "El hombre desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes". Y, en el art.15, enuncia que: "Por el estado natural son también las personas capaces o incapaces".

En el mencionado articulado se repiten los errores propios de la época en que el Código civil de 1852 fue concebido siguiendo, como todos los cuerpos legales del siglo XIX, el modelo del Código civil de los franceses

de 1804. Es por ello que, también al igual que los códigos civiles del siglo XX -con excepción del peruano de 1984- ignora la calidad de ser humano y, por tanto, de sujeto de derecho, del concebido. De otro lado, se atribuye al ordenamiento jurídico positivo la atribución formal de la capacidad, al expresar que "por su *estado natural*" las personas pueden ser capaces o incapaces.

El Código de 1852, como se advierte, no sólo desconoce el principio de igualdad entre los seres humanos sino que también ignora que es imposible limitar la capacidad jurídica general del hombre, salvo en cuanto se refiere a su ejercicio, tal como lo hemos referido en precedencia. De ahí que no pueda sostenerse, como lo hace el mencionado Código, que por su "estado natural" los seres humanos pueden ser incapaces.

El art. 5 del Código civil de 1936 prescribía que: "Los varones y la mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas respecto de las mujeres casadas". Como se desprende del texto de este numeral, se admite la posibilidad de restringir el *goce* de los derechos de la mujer casada, lo que es un imposible ontológico. Lo que podría haberse expresado, en todo caso, dentro de la mentalidad y costumbres de la época, es que cabía la restricción del *ejercicio* de algunos derechos civiles de la mujer casada, lo que realmente acontecía dentro de la sistemática del Código civil de 1936. Se observa, sin duda, que los codificadores de 1936 no tenían una clara concepción de lo que significaba la peculiar calidad ontológica del ser humano.

En su art. 8 el mencionado Código refiere que: "Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años". En los siguientes artículos enumera las diversas hipótesis de incapacidades de ejercicio, tanto absolutas como relativas. Obviamente, a la altura de nuestro tiempo y de conformidad con la evolución que sobre el tema se advierte en un sector, hasta ahora lamentablemente reducido de la doctrina jurídica, podemos criticar tanto el rígido sistema de incapacidades de ejercicio impuesto por el Código civil de 1936 -que se repite en el Código civil de 1984- así como el excesivo afán de tutela del patrimonio de los incapaces con descuido de la protección de su persona en sí misma.

El art. 3 del Código civil de 1984, ubicado en el Titulo II de la Sección Primera del Libro Primero dedicado a los "Derechos de la persona", prescribe que: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por la ley". Como se advierte, este numeral admite la posibilidad de establecer excepciones a la capacidad jurídica genérica o de goce lo que, como lo hemos reiterado, es un imposible jurídico ya que la ley no puede modificar la estructura misma del ser humano, en tanto libre y genéricamente capaz. Libertad y capacidad que no admiten limitaciones o restricciones dada la peculiar estructura del ser humano.

El Titulo V de la misma Sección Primera antes mencionada, bajo el

rubro de "capacidad e incapacidad de ejercicio" regula los casos tanto de incapacidad de ejercicio absoluta como relativa. No obstante, la tutela y la curatela de incapaces aparece normada en el Titulo II de la Sección Cuarta del Libro Tercero dedicado al "Derecho de Familia" bajo el rubro de "Instituciones supletorias de amparo". Consideramos que estas instituciones, en atención a su contenido, deberían, en un futuro, regularse dentro del Libro Primero destinado al "Derecho de las Persona".

La doctrina nacional, tan dignamente representada por el maestro José León Barandiarán, ante el vacío de una definición legal sobre la capacidad jurídica, sostiene que la "capacidad jurídica es general", por lo que es "inseparable del ser humano". Y afirma que "su existencia en buena cuenta es superior al arbitrio del legislador, pues la ley tiene que reconocerla; si no incurriría en arbitrariedad". Concluye sosteniendo que la ley "no crea esa capacidad que existe *per se*, como atributo sustancial de la persona; sólo la reconoce" (60). La posición del maestro León Barandiarán guarda fidelidad con la realidad misma en que consiste el ser humano, lo que es digno de elogio máxime que ella fue elaborada en en momento de casi absoluto predominio de los dictados de la escuela positivista-formalista, la misma que sostenía, como se ha señalado, que la capacidad jurídica era el producto de una atribución formal del ordenamiento legal.

León Barandiarán califica a esta capacidad jurídica general o de goce como intrínseca al ser humano, que compete a la persona en abstracto, de manera general y la define como "aptitud de disfrute de un derecho".

No obstante la clara y certera concepción del maestro León Barandiarán en lo atinente a la capacidad jurídica, sorprendentemente entra en contradicción con su definida posición en torno a la capacidad jurídica cuando, lineas más adelante, admite que por ley, en ciertos casos y por motivos especiales, se puede dejar de reconocer aptitud jurídica a ciertas personas. Y añade que "esto quiere decir que la capacidad jurídica es por definición genérica, y que las incapacidades sólo pueden establecerse para ciertos casos especialmente establecidos, o sea, que toda incapacidad de goce es necesariamente relativa" (61).

El maestro León Barandiarán al aceptar el dualismo en materia de capacidad jurídica, reconoce que este concepto tiene dos diversas significaciones. La primera, a la que nos hemos referido al glosar su pensamiento, es la capacidad jurídica general a la que define como "aptitud de disfrute de un derecho". La segunda es la de ejercicio, a la que describe como "aptitud de ejecutar o realizar ese derecho" (62). Como se advierte, el autor

(60) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código Civil peruano (Del Título Preliminar y del Derecho de las Personas)", t. IV, Imprenta Gil, Lima, 1952, pág. 208.

(61) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código Civil peruano", t. IV, pág. 208.

(62) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código Civil peruano", t. IV, pág 207.

utiliza la expresión "aptitud" para referirse a la capacidad de ejercicio, cuando esta potencialidad o posibilidad corresponde a la esfera misma del ser humano, es decir, según expresión del propio León Barandiarán, le es "intrínseca".

León Barandiarán sostiene que la capacidad de ejercicio se funda en la de goce y es "una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como realización de tal capacidad de goce" (63). Como se advierte, el maestro percibe de manera diáfana la distinción entre una y otra capacidad. Lo que no logra precisar, en cambio, es la relación que existe entre ambas. Es por ello que admite una dualidad de capacidades, no obstante que, a reglón seguido expresa, contradictoriamente, que la capacidad de ejercicio es la "actuación" de la de goce. Al sostener, precisamente, que la primera es la "actuación" de la segunda y al afirmar, asimismo, que la capacidad de ejercicio se funda en la de goce, estaría poniendo de manifiesto que la capacidad jurídica constituye un sólo proceso existencial. León Barandiarán, obviamente, intuyó, aunque no la expresara con perspicuidad, que la capacidad jurídica es, como la libertad, un proceso unitario que se manifiesta en dos tiempos: el de la mera potencialidad y la de su actuación fenoménica.

El Código vigente, en su art. 3, siguiendo la pauta establecida por el art. 5 del Código civil de 1936, anteriormente glosado, enuncia que: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley". A través del texto de este numeral se hace patente lo que consideramos un error, es decir, establecer la posibilidad de prescribir excepciones a la capacidad de goce, cuando ello solo es posible, como se ha reiterado en el presente trabajo, tratándose de la capacidad de ejercicio.

Recordamos, a este proposito, el clásico ejemplo que se nos ofreció cuando fuimos estudiantes de derecho -y que aún se sigue utilizando 50 años después- en apoyo de la tesis de que la ley puede establecer excepciones a la capacidad jurídica general o capacidad de goce. Para ello se tomaba como base el dispositivo constitucional, que aún acoge la Constitución peruana vigente en su art. 71, sobre la incapacidad de los extranjeros de adquirir o poseer, por cualquier título, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, dentro de los 50 kilómetros de la frontera, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido.

El profesor que nos ofrecía dicho ejemplo sostenía que se trataba de un caso típico por el cual la ley establecía una excepción especial a la capacidad jurídica general o de goce. En verdad, lo que la ley prescribe en esta situación es sólo una especial incapacidad en el ejercicio de la capaci-

(63) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código Civil peruano", t. IV, Pág. 207.

dad jurídica general o de goce que tiene el ser humano extranjero a ser propietario. La capacidad jurídica genérica del ser humano, sea o no extranjero, a ser propietario no se le puede desconocer, en tanto ella es inherente a su ser. Sólo se puede impedir, como en el caso del ejemplo, la concreta actuación de ese genérico e inalienable derecho.

La capacidad jurídica genérica del extranjero, en la hipótesis bajo revisión, no es pasible, como está dicho, de limitación alguna. Tan ello es cierto que, si en un futuro se eliminase del texto de la Constitución peruana esta especifica restricción, no se podría sostener que se le ha devuelto a dicho extranjero su capacidad de goce a ser propietario. Sólo cabría reconocer, frente a esta eventualidad, que se habría restablecido la capacidad concreta de actuación de su "aptitud genérica a ser propietario" en el caso especial en el cual la ley le limitó su ejercicio en determinada cicunstancia. Es evidente que no podría validamente argumentarse que el extranjero perdió su capacidad jurídica genérica de goce a ser propietario. Lo único que sucedió, en realidad, es que se le limitó el ejercicio de esa capacidad jurídica genérica en un caso concreto. Por ello, tal como se ha expresado, en el supuesto que en un futuro se abrogara tal disposición, el extranjero no estaría recuperando su capacidad de goce a ser genéricamente propietario -que nunca perdió- sino que se le restituiría una específica capacidad de ejercicio para la actuación de su capacidad jurídica genérica a ser propietario dentro de los 50 kilómetros de la frontera.

19. PROPUESTA DE ENMIENDA AL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984 EN MATERIA DE CAPACIDAD JURIDICA

La Comisión que, coordinada por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, revisó, con sentido crítico, el tema de la capacidad jurídica, después de prolongado y arduo debate, elaboró diversas propuestas tendentes a enmendar lo que se considera, por un sector mayoritario, un error de concepción como es el que subyace en el art. 3 del Código civil de 1984, antes citado, el mismo que refleja la tradicional posición de la doctrina nacional sobre el tema en la medida que establece la posibilidad de que a través de la ley se puedan crear excepciones a la capacidad jurídica general o de goce.

Se propuso, en primera instancia, un texto que a la letra prescribe: "Todo ser humano tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones *a su ejercicio* expresamente establecidas por ley". Mediante esta propuesta se dejaba claramente sentado el principio -que dimana de la propia naturaleza humana- de que la capacidad jurídica o de goce no admite excepciones, restricciones o limitaciones impuestas por la ley, desde que ello desconocería la estructura misma del hombre como ser libre y, por ende, capaz. Por ello, en el texto se dejaba en claro que las excepciones que podría establecer la ley se circunscribían a la actuación o ejercicio de los

derechos y, en ningún caso, a su capacidad genérica o de goce.

Si bien en un principio se propuso en la redacción del texto antes glosado la expresión "persona", luego este término se sustituyó por el de "ser humano" que es comprensivo, ya que incluye también al ser humano concebido. Ello en mérito a que el nuevo Código civil de 1984 considera al concebido como sujeto de derecho y reserva la expresión "persona", como lo hemos expresado en precedencia, para referirse a la persona llamada "natural" como a aquella designada como "jurídica".

Como algún miembro de la Comisión no se mostró favorable a la propuesta, se discutió una fórmula alternativa redactada en los siguientes terminos: "Todo ser humano, varón o mujer, tiene capacidad jurídica". Este genérico texto, aunque no nos satisface plenamente, contiene algunas virtudes que vale la pena destacar someramente. Obviamente, pudo haberse eliminado el distingo entre varón y mujer tratándose de la capacidad jurídica, pero la mayoría observó que como la igualdad de derechos entre ambos sexos era una reciente conquista, excluirla del Código podría ser considerada, por un sector no bien informado, como una vuelta al pasado.

En primer término, y esto es para nosotros lo más importante, con la citada redacción se evita el error que, en nuestro concepto, cometen los códigos alemán de 1900 e italiano de 1942, cuando prescriben que la capacidad se inicia con el nacimiento, desconociéndose, de éste modo, la calidad de ser humano del concebido y su consiguiente posición de sujeto de derecho. Dicha propuesta guarda concordancia con el art. 1 del Código que considera al concebido como sujeto de derecho y, por ende, provisto de capacidad jurídica o de goce. Corresponde a sus progenitores representarlo para el efecto de la actuación de sus derechos.

En segundo término, cabe señalar que en la referida propuesta se elimina el error que, en nuestro concepto, contiene el actual art. 3 del Código vigente en tanto establece la posibilidad de que la ley reconozca excepciones al pleno goce de la capacidad jurídica de parte del sujeto de derecho. Debe entenderse que ello no es admisible dada la estructura del ser humano, por lo que las excepciones sólo pueden ser prescritas por la ley, como lo hemos reiterado, tratándose de la capacidad de ejercicio.

Corresponderá sin duda a la doctrina nacional, llegado el caso, enfatizar esta posición a fin de disipar un error que viene arrastrándose históricamente por un sector de la doctrina y de la legislación comparada sobre la base del desconocimiento de los últimos y reveladores desarrollos de la Antropología Filosófica, logrados apenas hace pocas décadas, en torno a la estructura del ser humano. Frente a estos aportes, a los que nos hemos referido extensamente en otros trabajos, entendemos que es deber de la doctrina y de la legislación comparada establecer la correspondiente sintonía entre las construcciones conceptuales propias de la dogmática jurí-

dica y la palpitante realidad de la vida.

En conclusión, aunque consideramos que sería técnicamnte innecesario incluir en el Código civil un artículo genérico que enuncie algo tan obvio como es que todo ser humano, en cuanto ser libre, está dotado de capacidad jurídica general o de goce y que ésta no admite excepciones, comprendemos que dado el retardo que experimentan algunos sectores para comprender la nueva dimensión del ser humano se hace necesario, por razones estrictamente de orden didáctico, mantener una norma que lo exprese con la mayor claridad posible. No es improbable que en un futuro, que no imaginamos lejano, pueda dejar de ser útil una pragmática solución como la que estamos planteando.

En todo caso, como lo hemos manifestado, de modificarse el art. 3 del Código civil de 1984, nos inclinamos por un texto que enuncie, esencialmente, lo expresado a través de las páginas de este trabajo. La fórmula propuesta tendría la siguiente redacción: "Todo ser humano tiene el goce de sus derechos civiles, salvo las excepciones a su ejercicio establecidas por la ley".

CAPACIDADES DE GOCE Y EJERCICIO: CAUSALES, EXTENSION Y LIMITES DE LA INCAPACIDAD

Santos Cifuentes
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCION AL TEMA

Pese a tratarse de una materia que ha quedado establecida ya de mucho tiempo, como si no recibiera los efluvios de la renovación del derecho a compás de las novedades, es siempre de interés y de importancia iusfilosófica incursionar en ella, replantear su contenido y confrontar ideas que algunos pensadores han exteriorizado.

La concentración del orden jurídico sobre el hombre-persona, el sí mismo y sus valores; la protectora envoltura jurídica y el realce de su consideración como contrapartida a embates y peligros que lo asedian, perspectiva cuasi universalizada que, sobre todo, provino de las dominantes fronteras liberales y del éxito incuestionable en el reconocimiento de la responsabilidad del ser humano, tiene diaria expansividad como consecuencia de las comunicaciones. Cada vez más extendido es el convencimiento al respecto de las comunidades y naciones en el orden mundial con pretensión unitaria, lo que llevó a tratar, proclamar e imponer sin fronteras, aunque todavía no siempre con todo éxito, los "derechos del hombre", los "derechos humanos" y "los derechos personalísimos".

Se produce con inmediatez en el globo terráqueo un **estar sabiendo** lo que pasa en cada parte, en cada región por lejana y aparentemente cerrada que fuere. Este estar sabiendo lleva a una sensible reacción grupal, aunque también individual por los sucesos que atañen al hombre de todas las razas, de todas las jerarquías y de todas las ideologías; se convierte en un **estar juzgando** aquí y allá lo que le concierne desde lo muy cercano a lo más distante; estar juzgando con análisis, indagaciones y reacción: en la cátedra, en los estudios, en las manifestaciones más diversas y, particularmente -a esto me quiero referir ahora-, en la soledad del hogar; este hogar de ahora que es platea y centro reflexivo en una miríada incalculable de recepciones individuales; cada uno desde su casa está en el mundo del suceso diario, a veces al mismo tiempo millones de seres escuchan y ven, formando una multitud que abarca a la tierra; nuevo centro informativo y hacedor de la madurez de los niños; estrado de ponderación en el

estar juzgando casi desde que se nace. El diario, la radio y el transistor, el video film y la pantalla de televisión, anfiteatros mostratorios, dan cuenta de los hechos y las cosas, son los ejes del señalamiento, del estar sabiendo y del estar juzgando, y, por tanto, de la educación que proviene del saber y conocer, formándose la opinión pública mundial. Todo conocimiento es educativo. Ya no pasan desapercibidos casi para nadie las acciones del hombre cuando se convierte en lobo del hombre o mantiene estructuras antihumanas y discriminatorias. Queda a la vista y revelada, verbi gracia, la salvaje ignorancia de los fanatismos incontrolados, como las persecuciones de carácter cuasi prehistórico entre las tribus de Ruanda, de razas en Bosnia, por pertenecer a un sexo o por disidencias conceptuales o religiosas, tal el caso de la condena a Salman Rusdhie autor de los "Versos satánicos", el testimonio del trato a la mujer en ciertas zonas de la tierra explicadas en el libro "Sultana, una vida real" de la escritora Jean P. Sasson, la bomba a la AMIA en Buenos Aires, en Londres o en embajadas, o el acoso inconmisericorde en Bangladesh a la escritora Talisma Nasrin que le pide ¿a quién?, al mundo: "corro peligro, sálvenme". Y aquí, para estos tremendos casos, e innumerabilísimos más que se nos muestran desde temprana edad, pretenden operar salvadoramente todavía, en parcialidades que se amplían, con resultados inciertos, esos principios humanos fundamentales que también se presentan, difunden y proponen iluminando la violación en escondidos rincones, antes cubiertos por el velo de la ignorancia. Y esa platea muestra el mantenimiento en determinadas organizaciones jurídicas o de costumbres aún arraigadas, incapacidades absurdas de hecho y de derecho, que se dan palos con las convenciones internacionales y la respetabilidad humana.

Los dos primeros, los "derechos del hombre" y "humanos", sólo son expresión distintiva de una alteración histórica en el nombre, pero también en la amplitud de los contenidos, que han variado desde las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, hasta las conocidas declaraciones de las naciones de estos tiempos. El tercero, los "personalísimos", desarrolla en las ramas del derecho privado pero con la luz y el foco de las constituciones de los Estados y de las convenciones internacionales, la organización de las relaciones entre particulares, siempre que aparezca como objeto de ellas el sujeto humano individual, de carne y hueso, viviente, que al decir de Unamuno, goza, sufre y muere.

La **capacidad** está en la entraña de la existencia y categorización de esos derechos conocidos universalmente, y de la vigencia jurídica de la persona en cuanto tal. Es concepto íntimamente unido, savia y vivencia de su filosofía, de ahí la preocupación que hoy me ocupa.

Por lo mismo, a mi ver, no es posible dar con claridad el propio pensamiento en esta materia, sin abordar, aunque más no fuere con vocación de síntesis, el propio concepto de persona que, ya se sabe, tiene tantos cultores y divergencias, como escuelas filosóficas y grupos de pensadores lo han abordado.

II. LA PERSONA

Aunque el hombre sea el centro y eje de las ciencias que le atañen, las que son suyas y creadas para sí a partir de la antropología, en ellas hay variados objetos propios de cada especie del saber de que se trate. El derecho, ciencia autónoma de la conducta humana, tiene los suyos y, al fijar la dirección de las ideas que lo ubican y definen jurídicamente, da una versión ajustada a los dictados de sus estructuras y fines. De la misma manera que el conjunto de hechos o actos en el ámbito de lo fenomenológico, son sólo parcialmente percibidos por el derecho, puesto que hay múltiples acontecimientos naturales y humanos que le resultan indiferentes, la caracterización de persona, como ente de interés para el logro de sus expectativas definitorias, tiene propia sustancia, ajena a las de otras ciencias que tratan del hombre, tales como las de la siquis en la sicología, sicoanálisis y siquiatría, las de la medicina y anatomía, las de la historia, las del puro matiz social o sociológico, la filosofía y lo trascendente en la religión y teología, los cánones morales en el interior de la conciencia, etc, etc.

Es por ello que depurando y tratando de no mezclar los campos del pensamiento, de las directrices jurídicas principales que han tratado sobre lo que es persona, me inclino por la que no descarta al hombre, puesto que es de él y de su conducta de lo que se trata, pero tampoco se confunde genéricamente con el hombre en sí mismo, puesto que hay otras ciencias que tienen que abordarlo desde sus propios puntos de partida y hacia sus fines. La persona es para el derecho, según esta teoría que en mi país, con diferentes matices adoptaron Orgaz, Arauz Castex y López Olaciregui [1] entre otros y, en Italia, Salvador Pugliatti [2], un modo de considerar al hombre, por cierto ajeno al de las otras ciencias, pues caso contrario entraríamos en confusiones con todas ellas lo que no nos llevaría a buen puerto.

Hace ya muchos años graficando esta idea que, después, he depurado, sostenía: "si persona y hombre fueran la misma cosa ¿por qué no decir que la relación jurídica tiene hombres?. El jurista sonreiría ante la frase. No basta, entonces, el concepto de hombre (**homo:** animal racional o inteligente, según el diccionario clásico), cuando se quiere identificarlo con el derecho, que es ciencia humana, principalísima e independiente. Hay, pues, una dualidad de elementos, la máscara, o cualidad jurídica formal, y el sustrato real, el individuo humano. Persona es el sustrato con la máscara: el hombre con la aptitud que el derecho le atribuye de poder ser su-

(1) ORGAZ, Alfredo, "Personas Individuales", 2ª ed. 1961.- ARAUZ CASTEX, Manuel, en LLAMBIAS-ARAUZ CASTEX, "Derecho Civil. Parte General", t. I, año 1955; LOPEZ OLACIREGUI, en LÓPEZ OLACIREGUI, José María, Adiciones al "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", de SALVAT, Raymundo, ts. 1 y 2, Buenos Aires, 1964.

(2) PUGLIATTI, Salvador, "Introducción al estudio del derecho civil.- La trascrizione", vol. 1, Milán, 1957.

jeto de derechos y deberes. Pero no se lo estudia desde nuestra óptica porque es hombre, sino para comprender dicha aptitud y a través de ella; desde las notas o connotaciones con sentido para la jurisprudencia", léase ciencia jurídica [(3)]. Creo que sería de toda razonabilidad sostener que el concepto jurídico de persona, está creado por el hombre sirviéndose para ello del derecho, y ese concepto contiene en sí la realidad conceptualizada. O sea que tampoco puede decirse que haya un concepto puro y distinto, separado de una realidad abarcada. Contiene ese concepto dicha realidad, aunque con ligera aproximación se piense que proviene de ella. No es concepto creado exclusivamente por y para el derecho, sino identificado con el hombre que es su elemento material.

De tal manera, llego a sostener que **persona: es hombre conceptualizado de un modo específicamente jurídico.** Pero al llegar a este puerto de mi pensamiento, concluyo que persona tiene una ambidiestra formación integrada: no descarta la condición humana -individual o asociada- que está en todo lo jurídico, pero le da su propio perfil científico al considerarlo a través de los derechos y obligaciones que le conciernen, mas allá o fuera de los cuales, habrán de ocuparse las otras ciencias del hombre. Y esta cuadratura formal propia de nuestro saber, quizá la razón de ser del mismo, o sea el de los derecho y obligaciones, es lo que considero que representa la **personalidad**.

Quiere esto significar: ser humano individual o social y personalidad, es para el derecho persona; cuando se tiene ese ser que se analiza por y desde la personalidad, o sea desde la potencial titularidad de derecho y obligaciones, a partir del nasciturus y en toda su trayectoria, abarcando en su infaltable aspecto grupal a la entidad social, asociación o ente colectivo, queda formulado el concepto jurídico de persona.

III. LA PERSONALIDAD Y LA CAPACIDAD DE DERECHO

Pero es entonces cuando aparece el problema de la capacidad, particularmente llamada de **goce**, que más apropiado me parece designar de **derecho**.

La personalidad es, pues, uno de los elementos de nuestra ciencia que conforman y dan sentido a! concepto de persona. Viene a ser lo que personifica al hombre. El hombre de carne y hueso más personalidad es persona. Personalidad sin hombre no es más que la regla objetiva -punto de vista kelseniano- y hombre sin personalidad, cosa o esclavo. De igual modo, podría decirse metafóricamente, la bondad o la sabiduría son conceptos abstractos que, por sí solos, no hacen al sabio o bondadoso. Son categorías generales no atribuibles más que al que las posea. Pero una vez y no

(3) CIFUENTES, Santos, "El concepto de persona", El Derecho, t. 10, año 1965, pág. 882; "Los derechos personalísimos", Lerner, Buenos Aires, 1974.

antes de que haya alguien que las posea, ese alguien será llamado bondadoso o sabio.

Hay quienes confunden la "personalidad" que también denominan "subjetividad jurídica" con la capacidad de goce. Muchos autores han sostenido que la personalidad es lo mismo que la capacidad, de donde el concepto de personalidad sería sobreabundante, o bien, el de capacidad innecesario.

Ante todo, la capacidad de obrar nada tiene que hacer aquí. Se puede ser incapaz de hecho, inepto por disposición legal para ejercer por sí los derechos, pero ser persona que es asumir la personalidad. El planteamiento de la sinonimia, entonces, sólo es pensable ante la capacidad de derecho, de goce o titularidad, pero no exacto como trataré de demostrar.

Recuerdo en dicha confusión de roles conceptuales a Coviello [4]. Para él la capacidad atribuye la calidad de persona, es sinónimo de personalidad. "Tal capacidad -ha dicho- no es otra cosa que el efecto del reconocimiento, operado por el derecho, de la existencia de algunas condiciones naturales por las cuales un ser aparece capaz de tener intereses dignos de tutela". También De Cupis [5] que da significado de aptitud, es decir, valor jurídico virtual, potencial, capacidad, a la personalidad. Señaló que se ha parangonado con la cáscara ("guscio") "porque resguarda en modo particular los derechos, así como los derechos están destinados a rellenar aquella cáscara (o concha)".

La identificación no es compartible. Quizá, podría decirse que en los extremos los conceptos se aproximan. Pero en los extremos, por la vigencia de sus roles propios y por lo que abarcan, no. La idea de los extremos viene al advertir que un ente sin ningún tipo de capacidad de goce o de derecho, aparece como careciendo de personalidad y no es, por tanto, persona. En esa medida absoluta, radical, se construye la situación del muerto civil o del que queda fuera de la faz, y también la del esclavo. Pero si se aleja la mirada de tales extremos, se pueden advertir más claramente las diferencias, diferencias puestas de resalto en Perú por Vidal Ramírez quien se ha inspirado en Messineo [6], y que, en cambio no admite Espinoza Espinoza [7].

Un primer razonamiento: la capacidad es una proposición que siempre apunta a la "dinámica", y es por ello que admite grados, relatividades, inexistencias parciales. Puede haber en ella un más o un menos. La capacidad o aptitud jurídica, se agranda y se achica según la norma; se extien-

(4) COVIELLO, Nicolai, "Doctrina general del derecho civil", México, 1938, trad. Tena.

(5) DE CUPIS, Adriano, I diritti della personalitá", MILANO, 1959.

(6) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "El acto jurídico en el Código Civil Peruano", Cultural Cuzco, 1989.

(7) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Estudios de derecho de las personas", Perú, 1990.

de o se restringe por el ordenamiento jurídico; muestra límites, ausencia o presencia acorde con las reglas. La personalidad no, por el contrario. Apunta a una situación, a la estática, a la existencia elemental para llegar a ser; existe toda, o no existe. Carece de sentido sostener que se tiene personalidad para algo y no se tiene para lo otro. O sea que se es con ella, o no se es. Es así como ha observado López Olaciregui rebatiendo a Enneccerus: a la personalidad la inviste el ente en sí, mientras que a la capacidad la tiene para algo o respecto de algo. Porque **se es** persona y **se tiene** capacidad.

La personalidad, luego, es un **prius**, la capacidad un **posteriurs.** Se es persona porque hay humanidad con personalidad, que es la mirada propia que le da el derecho a la humanidad. Luego debe haber un algo de capacidad. Cuando falta la personalidad, como tiene condición de presupuesto, han de faltar también la aptitud de goce, los atributos, todos los derechos, la persona misma.

He ahí el **quid.**

No faltan las posiciones contrapuestas. Por ejemplo, Sánchez Román[8] sostuvo que la personalidad se engendra en la capacidad de derecho, que es derivación o resultado de ésta. Pero podrá hacerle una pregunta ¿por qué una capacidad menor como la del nasciturus, que es el ente natural menos capaz, o una asociación o ente colectivo de objeto determinado, específico, con razonable capacidad parcial o circunscripta, no habría de engendrar una personalidad de igual extensión? ¿cuál es la construcción racional para que lo derivado -la personalidad según Sánchez Román-, sea entitativamente superior al atributo generador -según él- la capacidad, desde que por su condición elemental no admitiría disminuciones?.

Domenico Bárbero[9], ha señalado esos errores y la imposible confusión, en la que ubica a Coviello, Pugliatti, Allara y Ferrara. Dijo que la "personalidad" es un **quid** simple, mientras la capacidad un **quantum** y, por tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser más o menos capaz, no se puede ser más o menos persona. "Persona se es o no se es; total, radicalmente".

La personalidad tiene carácter absoluto, desde que define a la persona. La capacidad de goce o de derecho siempre es de carácter relativo, pues no es posible gozar de todos los derechos que brinda, regula y reconoce el orden jurídico. Fatalmente la persona transita por el mundo ceñido por incapacidades, es decir, frente a prohibiciones que le vedan adquirir derechos determinados según las normas. No hay superpersonas. Es per-

(8) SANCHEZ ROMAN, F., "Estudios de Derecho Civil", t. II.

(9) BARBERO, Domenico, "Sistema de derecho Privado", trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967.

sona por ser ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones, pero su capacidad de goce es relativa porque hay diversos derechos y obligaciones que no puede adquirir, a los que no llega su potencialidad o subjetividad jurídica. Lo grave es cuando en el camino de la relatividad se agudiza elementalmente la incapacidad de derecho llegándose a una especie de absolutez, tal como en las palabras introductorias mostré al hablar de ciertas comunidades todavía de estructura medieval pero que pronto, muy pronto, conjeturo, serán iluminadas por la platea de la comunicación diaria.

Está bien que el Código Civil del Perú diga, en su art. 3, "**Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley**". Es un principio sabio que no confunde, pues menta a la persona que se identifica con la personalidad, con el ser desde la mirada jurídica, lo que no impide admitir al mismo tiempo que la ley en determinadas cuestiones y por excepción, restringe la capacidad de goce o titularidad. Lo que no podría hacer la ley ni por excepción es suprimir la personalidad en parte o en todo. La igualdad de los sexos para gozar de capacidad que proclama el art. 4, es una muestra de la autonomía de los conceptos de personalidad o subjetividad jurídica y capacidad de goce. Sería por completo intrascendente que dijera que la mujer y el varón tienen igual personalidad, pues nadie pretende hoy, salvo en algunas expresiones de la humanidad ya aludidas, que haya ser humano jurídicamente despersonalizado o más o menos persona. Y aun si se propusiera decir, art. 3 "todo ser humano, varón o mujer, tiene capacidad jurídica", nada cambiaría, porque sería un despropósito pensar que esa capacidad es absoluta, para todos y cada uno de los derechos y obligaciones que el mundo jurídico brinda.

IV. LAS INCAPACIDADES

De la misma manera que la capacidad de goce o de derecho es relativa, lo es su contrapartida. Fundada en la ley, dicha incapacidad no se enuncia por categorías, no se regla ni se clasifica, ya que no son más que las prohibiciones desperdigadas, asistemáticas, que la ley contempla para que en determinados casos la persona no pueda adquirir ciertos derechos. Allí, muy cerca de las definiciones legales expuestas -lo recuerdo por la sintomática aproximación-, el art. 6 del Código del Perú prohibe los actos de disposición sobre el propio cuerpo, cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando son contrarios a las buenas costumbres. Se goza de capacidad sobre el cuerpo en general, pero no se tiene sin límites ese derecho y queda establecida una prohibición de derecho, que ha fundamentado con su habitual fuerza expositiva Fernández Sessarego [10]. Y en muchos casos posteriores el propio código quita la po-

(10) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las personas", 3a. ed., Studium, 1988.

sibilidad de goce a la persona, lo que no significa que esté disminuyendo su personalidad, sino enmarcando el radio de sus aptitudes.

Para no hacer sino una pequeñísima muestra, en el orden matrimonial el art. 242 estatuye los "impedimentos", vedando el derecho a contraer matrimonio a personas por relaciones parentales o ciertos hechos aberrantes, lo que es prohibir el acceso a ese derecho y ser su titular; el art. 954 prohibe al propietario del predio , serlo de los recursos naturales del subsuelo, yacimiento y restos arqueológicos y el 962 le veda cavar o abrir pozos susceptibles de causar la ruina o desmoronamiento del vecino o perjudicar sus plantaciones; el art. 1366 prohibe a personas que largamente enuncia adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta con 9 incisos que son otros tantos impedimentos a la facultad de goce, y que, según el art. 1367, se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En cambio, la capacidad e incapacidad de hecho, de obrar o de ejercicio, tiene otra dimensión que, contrariamente a lo que explicaba Sánchez Román, carece de todo punto comparativo con la personalidad o subjetividad jurídica. En esta área, que no es más que la posibilidad de llevar a cabo actos que hagan vivir jurídicamente los derechos, la incapacidad es suplible por la representación. En el otro caso no, la prohibición impide esa suplencia y que se lleve a cabo el acto prohibido, sea por sí, sea por otro. El padre o madre, tutor o curador, en su caso el asistente, suplen las falencias voluntarias del incapaz y ejercitan por él sus derechos. La incapacidad de derecho es incompatible con semejante solución. Asimismo, la incapacidad de ejercicio suele ser temporaria y mientras dure la circunstancia que la motiva, pero estatuida para salvaguarda y cubriendo generalmente intereses particulares del incapaz. La de goce o derecho, tiene condición permanente, a menos que sea prohibición de transcurso, y se sustenta, en principio, en valores superiores o intereses públicos.

El Código peruano ha enunciado dichas incapacidades de ejercicio en lo que hace a las personas naturales, clasificándolas, mostrándolas taxativamente para preservar la libertad general (arts. 42 en adelante). Por lo ordinario, esas incapacidades están legisladas de modo independiente pues tienen efectos y estructuras diferenciados, pero como ocurre con el art. 140, al disponer sobre el agente "capaz" para la validez del acto jurídico, según León Barandiarán y Vidal Ramírez [11], comprende a las dos, de hecho y de derecho.

(11) VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit. y LEON BARANDIARAN, José, "Curso del acto jurídico", cit. por Vidal Ramírez.

V. LOS ACTOS PERSONALISIMOS

Sin embargo, hay una situación no enunciada que me lleva a hacer algunas reflexiones.

Los actos a que me refiero son aquellos que estando vedados al incapaz de ejercicio, tampoco es posible que los cumpla el representante. La situación se transforma. Hay imposibilidad jurídica de adquirir esos derechos, de gozarlos, desde que nadie puede vivenciarlos. En este caso es de lógica reconocer que el incapaz carece del derecho, no lo puede adquirir.

Así, el reconocimiento voluntario de un hijo natural de un insano, que no podría ser reemplazado por el representante; el incapaz para testar, que tampoco podría ser reemplazado para ese acto (art. 690 C. Perú); el dador de un órgano para trasplante que fuere incapaz de hecho, o la reconciliación del separado o del que se quiere divorciar la que sólo es de los cónyuges (arts. 346 y 356), e insustituible cuando se trata de un insano o ausente.

La muestra no es más que ello, pero las situaciones no son pocas. He ahí un cercenamiento completo, una incapacidad de goce no enunciada expresamente, por efecto de los hechos y de las circunstancias. Para que la norma se ajuste a los principios, he de proponer en cada caso una extensión de las facultades judiciales. En la mayoría de los supuestos -aclaro, no en todos-, frente a la incapacidad de hecho para actos personalísimos, pueda establecerse la intervención judicial que faculte al incapaz, en ciertas y determinadas situaciones, a disponer según su razonable y, aun, su presunta voluntad.

Mi ponencia viene enunciada de la siguiente forma:

a) La personalidad y la capacidad de goce o titularidad son conceptos autónomos;

b) La capacidad de goce debe ser de todos los seres humanos sin distinción, aunque tenga una dimensión relativa, relatividad que no debe importar el cercenamiento de alguno de los derechos humanos consagrados internacionalmente;

c) La incapacidad de ejercicio frente a los actos personalísimos, en determinadas condiciones, para evitar la reducción innecesaria del goce de los derechos, debe ser remediable con intervención judicial. Esta limitación jurídica paradójicamente no proviene de norma que prohiba la adquisición del derecho, el que queda muerto por causa del status del incapaz. De ahí la necesidad de remediarla en lo posible.

EL DERECHO GENETICO

(su influencia en el Derecho de las Personas y en el Derecho de la Familia)

Enrique Varsi Rospigliosi
Profesor de la Universidad de Lima
y de la Universidad Mayor de San Marcos

1. INTRODUCCION

El Derecho como fenómeno ordenador se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas a fin de lograr la paz social y la sana convivencia. Pero el Derecho no es inerte ni estacionario, es variable y dinámico puesto que debe adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos) que influyen sobre la vida del hombre.

Muchas veces el Derecho espera demasiado para regular un hecho o una situación. Su carácter previsional así lo exige a efectos de medir *a priori* las consecuencias sociales que genere. Mientras el Derecho es paciente, las ciencias son audaces, de allí que hay quienes sostienen que el Derecho cumple un rol conservador dentro de la sociedad civil. En oposición a él las ciencias en general tienen una tendencia que podría llamarse liberal. Es por ello que el Derecho no ha caminado a la par en su desarrollo, no ha seguido el ritmo vertiginoso impuesto por las ciencias.

Hoy en día una de las ciencias que influye de manera determinante en el Derecho es la ciencia médica. Así, la biología ha determinado el inicio de la vida humana, el momento del nacimiento, el de la muerte de una persona y la investigación negativa de la paternidad. La cirugía, los transplantes de órganos y la adecuación de sexo. La ingeniería genética, las técnicas de reproducción asistidas y la investigación del genoma humano. Por otro lado, la genética ha aportado la determinación biológica de la paternidad.

2. DERECHO Y GENETICA

Analicemos previamente algunos conceptos con la finalidad de hallar la conexión del Derecho con la genética.

El Derecho, a través de una coordinación éticaimperativa, regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias a fin de

crear un marco eficiente de protección a la persona.

La genética, es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación.

La ingeniería genética, es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos. Su finalidad es mejorar las condiciones de vida corroborando con el hombre en sus funciones biogenéticas.

Estos conceptos preliminares nos hacen prever el íntimo nexo entre el Derecho y la genética. Ambos estudian al hombre. El primero, su vida de relación; el segundo, sus mecanismos de vida.

Es en razón de ello que la modernidad social y científica, acompañada de la aplicación cotidiana y técnica de las necesidades de las personas, han determinado una evolución práctica del Derecho. En tal sentido, el Derecho genético ha surgido como una rama especial que brinda una protección y seguridad jurídica a la persona humana y a las relaciones sociales de aquellos avances de la joven ciencia genética.

Su influencia es determinante a punto tal que el Derecho ha visto caer muchos de sus dogmas y postulados productos del avance de esta ciencia biológica [(1)].

2.1. Derechos afectados por la genética

Todos los derechos de la persona se han visto afectados por el avance de la ciencia genética:

El derecho a la vida (destrucción y descarte de embriones), la dignidad (manipulación genética), la integridad sicosomática (actos de experimentación), la libertad (estudio del genoma humano), la igualdad (selección y purga de genes: genoterapia), la salud (alteración de la información genética), la individualidad (clonación, transgénesis).

2.2. Los nuevos derechos de la persona emergentes de la influencia de la genética

a) Derecho a la individualidad biológica. Todos los seres humanos tenemos el mismo patrimonio cromosómico y similar apariencia física pero internamente, biológicamente, genéticamente, somos totalmente distintos. ¿Desde qué momento? desde la concepción, ¿y por qué? por que somos el resumen, el compendio biológico de nuestros padres, el cual se produce con el intercambio de su información genética (singamia).

(1) La presunción *pater est*... con la determinación biológica de la paternidad, el principio *mater semper certa* con las técnicas de gestación subrogada, por citar algunos.

Desde la concepción somos considerados, para el mundo normativo, sujetos de derecho especial. Representamos un proyecto vitalísimo de persona. Somos únicos, singulares e irrepetibles. Tenemos un código bio-genético individualizado, un genotipo perfectamente establecido y un genoma en actividad, por lo que merecemos, desde la primigenia etapa de la concepción hasta nuestra muerte, la más alta protección del Derecho frente a todo aquel avance de la ciencia que implique una vulneración a nuestro ser.

El derecho a la individualidad biológica es el derecho que tenemos de contar con un patrimonio genético que nos diferencie de las demás personas. Patrimonio genético este que es inmodificable, invariable, inalterable.

b) Derecho a la identidad genética. El hombre es un *todo* (actitudes, atributos, elementos biológicos, valores y virtudes) pero a su vez es una unidad *en sí mismo*, que lo hace el ente animado, racional y libre que creó el Derecho para su vida en relación.

Ahora bien, sabemos que la persona es un ser absolutamente único, singular e irrepetible con una perfecta unidad de espíritu y de cuerpo. Dicho cuerpo, y su conformación biogenética, lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza, la humana. En este sentido, el cuerpo y su configuración son intangibles por ser constitutivos de la persona misma y de su identidad. Identidad personal que, como bien nos dice **Carlos Fernández Sessarego** [(2)], es la "manera de ser", como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural ideológico y, como derecho, es aquel que tiene todo sujeto a "ser el mismo", mostrándose como un derecho fundamental de la persona.

El derecho a la identidad podríamos clasificarlo en el derecho a la identidad personal (los atributos de la personalidad como el nombre, la edad, el estado civil, profesión, religión, etc.), el derecho a la identidad sexual (la relación de la integridad sico-sexual de la persona) y el derecho a la identidad genética, que está referido al patrimonio o huella genética que tiene todo individuo por el simple hecho de ser un ente viviente (un ser impar), en el cual podemos referirnos al patrimonio genético de la persona como a su lla-

(2) **Cfr.** FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares, en: ***La familia en el Derecho peruano***, Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, P.U.C.P., Lima, 1990, p.197.

mado genoma humano [3]. Este tipo de identidad "debe ser" entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad "hábitat" (paratipo -ambiente que permite desarrollar unos genes u otros-) [4]. Este derecho a la identidad genética incluye el derecho a heredar un patrimonio genético puro, cristalino y no manipulado.

2.3. El Derecho genético

El Derecho genético como tal se encarga de regular tres aspectos fundamentales de la vida humana:

a) La integridad somática. Incluye la integridad fisiológica y la genética. En este punto brinda protección al cuerpo, regula la investigación y estudio sobre el ser humano (prohibiendo la manipulación y regulando los actos eugenésicos) y ampara al genoma humano en su conjunto.

b) La identificación biológica. Regula el estudio del genoma humano, estableciendo que el asentimiento de la persona es indispensable para el exámen correspondiente (salvo estado de necesidad, motivos médicos o judiciales) y regula la investigación biopositiva de la paternidad.

c) La procreación asistida. Se sustenta en que todo acto de fecundación no puede ser contrario a la procreación, estableciendo los límites a las personas que recurren a las técnicas de reproducción asistida y establece los principios de los daños ocasionados por la genética (daño genético).

3. BASE LEGAL DEL DERECHO GENETICO

3.1. La reformulación del Código civil en su primer decenio

¿Qué ha sucedido con el Código Civil en estos 10 años? Acaso es el mismo de aquél promulgado el 14 de noviembre de 1984. No. Ha sido objeto de reformulación en muchas de sus normas. Incluso se ha hablado, por los entendidos, de un maltrato. En fin, a la fecha son 13 los dispositivos legales que han determinado cambios en el

---

(3) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: Apuntes jurídicos acerca del genoma humano, en: Diario Oficial ***El Peruano***, Sección B, Derecho Civil, Lima, 5/5/93, p.15. ***Vid.*** La investigación completa (del autor y con similar título) en: **Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial**, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Instituto Peruano de Derecho Civil y Comercial, celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima-1994, p.121-128.

(4) II Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y de seguros (Mar del Plata, diciembre, 1992), "El impacto de la biotecnología en el Derecho", en: ***El Derecho privado en la Argentina***, 2da. parte, Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos dos años, Asociación de docentes e investigadores, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 1993, p.72.

Código Civil. Así, de los 2122 artículos que contiene, 197 numerales y dos artículos del Título Preliminar han variado en su primigénia redacción y sustento, lo que implica que el 9.4% de la Ley Civil de 1984 ha sido objeto de revisión con la correspondiente reformulación legal, que ha nuestro entender comprende la derogación (tácita o expresa, parcial o total) y la aclaración o reglamentación correspondiente [5].

Pero de todas estas modificaciones producidas ninguna se refiere al avance de la genética y su implicancia en el Derecho privado.

3.2. Documentos preliminares para el desarrollo legislativo del Derecho genético

En setiembre 1991 el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima bajo la dirección del maestro Carlos Fernández Sessarego y con la colaboración de los profesores argentinos Gustavo Bossert, Santos Cifuentes y Eduardo Zannoni elaboró 14 Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida [6].

Asimismo, el 2 de diciembre de 1993 el autor de la presente ponencia puso a disposición de la comisión 16 Bases de Derecho genético [7] a considerarse en la revisión del Código Civil para efectos de su incorporación legal.

Por otro lado es de señalar que la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, aprobó un artículo que protegía al concebido de la influencia de la genética aplicada, que refería lo siguiente:

> *"**Artículo 7.**- El Estado garantiza la vida del concebido. Lo protege de todo experimento o manipulación genética contrario a su integridad o desarrollo"* [8].

---

(5) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique con la colaboración de Alberto Loayza Lazo y Fernando Macías Arditto: La reformulación del Código Civil, en: Diario Oficial ***"El Peruano"***, cuerpo B, Economía & Derecho: Derecho Civil, 15/11/93, p.13. Publicado con actualizaciones en el mismo diario el 17 de enero de 1994, p.12.

(6) ***Vid. Cuadernos de Derecho 1***, Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima, 1992, p.60.

(7) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: "Bases de Derecho genético", en: Diario oficial ***El Peruano***, 11 de agosto de 1994, Derecho Civil, sección B, pág.2.

(8) Diario Oficial ***El Peruano***, Lima, 7/3/1993, sección D, p.2.
Asimismo, puede revisarse los comentarios: **Estado garantiza vida de la persona desde el momento de su concepción** (El Comercio, Lima, 2/03/1993, A-1), **Prohíben experimentación y manipulación genética** (Expreso, Lima, 2/03/1993, A-5), **Proponen un debate más amplio sobre protección del concebido** (Diario Oficial ***El Peruano***, Lima, 12/3/1993, B-10).

Este texto, sin embargo, no fue considerado en los proyectos ni en la Constitución aprobada por referéndum del 31 de octubre de 1993. Así, nuestra novísima Constitución perdió la oportunidad de legislar acerca del novedoso tema de la influencia de la genética en las relaciones sociales.

3.3. Base legal del Derecho genético

Actualmente, no existe en nuestro medio un cuerpo legal, orgánico y sistemático que se encargue de regular los logros de la genética. Algunos dispositivos legales contienen uno que otro artículo que hace referencia tangencial al tema en análisis. Así, por citar:

El Código Civil de 1984 contiene una norma que regula específicamente la inseminación artificial, pero aquella realizada en animales:

> *"**Artículo 946**.- El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.*
>
> *Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.*
>
> *En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe."*

Al respecto nos preguntamos ¿qué pasó con los humanos?. Acaso, el Código de 1984 que tiene una inspiración personalista y humanista a diferencia del Código de 1936 que era de corte patrimonialista, ¿puede haber olvidado de legislar o prever algo tan importante en la vida de relación del hombre?. Indiscutiblemente que no.

Ya el ponente del Libro de Derecho de las personas, Carlos Fernández Sessarego, comentando el artículo 6 del Código Civil se refería acerca de "... la importancia de un amplio y profundo estudio y debate sobre la temática de la inseminación y fecundación artificiales a la luz de las instancias éticas y sociales a fin de abordar, con lucidez y ponderación, su cabal y oportuna normatividad cuando lo exija nuestra realidad social" (9).

Y es que, como está dicho, en el momento en que se elaboró el Có-

(9) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas, en: ***Código Civil IV -- Exposición de motivos y comentarios***, Lima, Delia Revoredo de Debakey compiladora, 1985, pp.71 y 72.

digo Civil era innecesario regular algo tan técnico y especial, que en dicho momento era inaplicable en nuestra realidad.

Sin embargo, otros dispositivos legales si se encargan de regular, aunque muy someramente, lo que es el avance de la genética en el Derecho.

Al respecto tenemos:

El Código de los niños y adolescentes (DL.26102) establece:

*"**Artículo 1.- A la vida y a la integridad.-** Todo niño y adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción.*

El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental."

La ley general de propiedad industrial (DL.26107), establece:

*"**Artículo 29.-** Son patentable todas las invenciones, salvo las siguientes:*

(...)

c) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo."

4. PROPUESTAS DE MODIFICACION AL LIBRO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS

Las propuestas planteadas por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima para introducir dentro del Código Civil el avance de la genética en el Derecho de las personas se proyecta como una innovación sin precedentes en la legislación comparada, específicamente en los Códigos Civiles extranjeros.

4.1. Las propuestas y los principios que inspiran la reformulación

Texto:

*"**Artículo 5.-** Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.*

Se prohíben las prácticas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.

Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona con la finalidad de alterar su genotipo,

salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

Igualmente, están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos."

Principio 1: La protección a la integridad de la especie humana.

Mediante este principio se protege la integridad, es decir, la característica propia, la identificación y el contexto biofuncional de la especie humana. Integridad esta que se sustenta en leyes naturales y principios antropológicos.

De ello se deduce claramente que tanto el ser como la especie humana tienen como característica fundamental: ser una unidad inescindible e invariable.

Este principio opta por proteger al género humano, a toda esa colectividad, a ese conjunto de seres que en esencia determinan la especie humana.

Principio 2: El límite a la eugenesia médica.

La eugenesia es la aplicación de las leyes biológicas que contribuyen al perfeccionamiento de la especie humana. Perfeccionamiento este que significa una mejora, un bienestar. No una tergiversación de los principios de la naturaleza. Por este motivo, se prohibe los actos eugenésicos dirigidos a la selección de genes o determinación del sexo pues ambos (genes y sexo) son los signos distintivos de la especie humana. Asimismo, se prohibe los actos que tengan por finalidad alterar o variar los caracteres físicos o raciales, ya que ello atenta directamente contra aquella variedad definida y constante de la especie animal que es la raza.

Este principio da primacia al acto de la procreación que, como hecho biológico, está basado en el azar de las leyes de la herencia y determinado por la confluencia libre y natural del patrimonio genético de los progenitores. Nadie, por tanto, puede vulnerar voluntariamente el acto de la procreación humana pues ello atentaría contra la dignidad de la misma.

Sin embargo, será permisible toda aquella intervención terapeútica sobre el patrimonio genético, cromosómico o biológico del ser humano.

Principio 3: La protección al genoma humano.

El genoma es el conjunto de genes que conforman la unidad biológica

de todo ser viviente. Toda materia viva tiene una constitución química, una estructura celular, una composición cromosómica y una huella genética. Dentro de ello son los genes los encargados de transmitir las características hereditarias y de llevar la información de cada ser viviente.

En los genes está escrito todo lo que le sucede biológicamente al hombre. Dicha información es riquísima y de importancia determinante en la vida del hombre por lo que debe ser cautelada por el Derecho. Su protección radica en que es la base en la que descansa el patrimonio genético del ser humano.

El genoma humano como tal es inmodificable e invariable. Su estudio e investigación debe ser realizada sólo con fines de orden patológico o terapeútico debidamente justificada por un motivo médico (disminuir una enfermedad) un estado de necesidad (eliminar defectos o taras genéticas) o por imposición de la ley (determinación de la identidad genética).

El Proyecto Genoma Humano intenta reconocer, investigar y averiguar la información que llevan los genes que conforman el organismo humano a efectos de hallar aquellos genes culpables que causan enfermedades, dolencias físicas o taras (presentes o futuras), con el fin de lograr mejores vías para su prevención, diagnóstico, tratamiento y curación. Su finalidad no será otra que propender o alcanzar el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

Como todo acto de intervención sobre la persona, el análisis del genoma humano requiere asentimiento de la persona y su utilización no debe ser orientada a incentivar la discriminación genética (mediante la producción de seres perfectos o defectuosos).

Principio 4: La prohibición de la cesión, manipulación o destrucción de embriones y sus productos.

Este principio debe ser entendido de manera muy genérica. Se protege la vida humana (desde la concepción) de aquellos actos de libre disposición (cesión, manipulación y destrucción) que impliquen un atentado a la dignidad, integridad e individualidad del concebido. De ese ser que está siendo gestado, que ha sido engendrado biológica o asistidamente. Su situación de sujeto de derecho especial le hace merecedor legítimo de la más amplia protección del Derecho.

No debemos limitar la aplicación de este principio sólo y exclusivamente al término embrión (desde la anidación, día décimo catorce), ni al de feto (esperar tres meses desde la concepción) si no que debemos identificarlo con el de vida humana.

Ahora veamos qué implican y en qué consisten dichos actos de disposición:

Cesión.- Es el acto por el que se dispone de un bien. En el caso de la persona humana el acto de cesión puede realizarse:

-- Por medio del transplante de órganos o injerto de tejidos: Según nuestra legislación ésta debe realizarse sólo y exclusivamente en personas vivas o en cadáveres, no en embriones o en fetos, caso de estos últimos que ya se han realizado en la práctica, por lo que se procede a prohibirla expresamente.

-- Por medio del comercio con fines lucrativos: Los cuales están prohibidos por la naturaleza misma del cuerpo humano, conforme desarrollaremos más adelante.

Manipulación.- Es aquel procedimiento o experimentación que intenta modificar, perjudicial y negativamente, el patrimonio genético de un ser viviente. El fin de la propuesta es establecer un límite a estos actos de laboratorio que atentan contra la dignidad e integridad del ser humano.

Destrucción.- Es la eliminación o descarte de la vida humana concebida extrauterinamente. Este acto atentatorio de la vida humana no se configura en nuestra legislación como un delito (ni aborto ni mucho menos de homicidio), al no cumplirse con los elementos constitutivos para su tipificación. De allí que la propuesta establezca la correspondiente prohibición.

Texto:

*"**Artículo 5 bis.-** El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales.*

Los órganos, tejidos, células, genomas y productos del cuerpo humano no pueden ser, en cuanto tales, objeto de patente."

Principio 1: El cuerpo humano es un bien indisponible.

El cuerpo humano es la unidad somática integral que le sirve al hombre para que se desarrolle funcional y biológicamente en su medio social. El cuerpo le permite interrelacionarse, cumplir sus fines y ejercer sus actos.

La protección a dicha unidad somática, a ese vehículo biológico, se dirige a cautelar la integridad de la especie humana en su totalidad, no a la individualidad (que está, también, protegida).

Es en este sentido que se limita de manera expresa los actos de disposición:

-- De carácter negociable o patrimonial. Puesto que el cuerpo humano por su condición ontológica, su fin y su esencia, no puede ser materia de ningún tipo de relación comercial. Es más, carece jurídicamente de significación económica patrimonial. Su disposición sólo puede responder a fines de solidaridad, altruísmo, desinterés y desprendimiento, en ayuda del prójimo. Sobre el mismo no se permite el lucro, ni cuestión onerosa, ni tipo alguno de compensación, ventaja o beneficio pecuniario.

Adicionalmente, algunas legislaciones establecen la prohibición en cuanto a que el cuerpo humano y sus productos no pueden ser materia de exportación ni importación. Esto en el sentido de evitar las mezclas voluntarias de las razas.

-- De carácter posesorio o de propiedad. Se establece la limitación respecto a que el cuerpo humano no puede ser objeto de patente. Es decir, no se puede obtener la titularidad del mismo a través de un simple acto administrativo. Así, el cuerpo humano y sus productos no pueden ser limitados por un poder jurídico adquirido por un título administrativo. Lo que se puede patentar es el antídoto o medicamento, más no la causa biosomática de dicha enfermedad.

Texto:

*"**Artículo 5 ter**.- Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano.*

Los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro son nulos.

Las técnicas de reproducción humana asistida son reguladas por la ley de la materia."

Principio 1: Prohibición a la manipulación genética en la etapa de la fecundación.

Las técnicas de reproducción humana asistida son ya una realidad en nuestro medio. Deben ser utilizadas para suplir la infertilidad y con el fin de procrear una nueva vida humana. En tal sentido, se prevé una norma que prohiba la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (casos específicos de manipulaciones), dejándose establecido que la propuesta no restringe las investigaciones en beneficio del hombre.

La norma limita expresamente las manipulaciones genéticas en la etapa de la fecundación, tales como: la clonación, la fecundación de interespecies, la fusión o entrecruzamiento de genes que crean quimeras o híbridos, la crioconservación prolongada, la mezcla de compo-

nentes genéticos, la fecundación o inseminación no consentida así como la *post-mortem*, la inseminación de mujeres solteras. Sin embargo, debe entenderse, además, la limitación a la manipulación en la etapa de la gestación, tales como: la cesión de útero, las técnicas de gestación retardada o apresurada, la gestación interespecies (en útero mamífero no humano), la artificial o mecánica (denominada ectogénesis o embarazo *in vitro*) la gestación varonil, la realizada en cadáveres o en mujeres descerebradas y la obtención de pre-embriones por lavado uterino.

Los casos antes mencionados estarían prohibidos puesto que atentan contra la dignidad e integridad del ser humano; contra el orden público, las buenas costumbres y la paz social.

Principio 2: Protege y reconoce a la procreación y gestación como un hecho jurídico, natural y biológico.

Con este principio se establece la protección y reconocimiento a la procreación y gestación como hechos jurídicos, naturales y biológicos en los que la voluntad del hombre no puede influir, ni crear, en base a ellos, relaciones jurídicas. De existir son sancionadas con nulidad.

Principio 3: La procreación asistida es permitida mediante una norma de remisión.

Las técnicas de reproducción humana asistida, dado su tecnicismo e importancia, deben ser reguladas detalladamente por una ley especial. En tal sentido, la propuesta contiene una norma de remisión que perfectamente puede ser desarrollada tomando como sustento las Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida preparadas en 1991 por el Centro de Investigación Jurídica [10].

5. PROPUESTAS DE MODIFICACION AL LIBRO DE DERECHOS DE FAMILIA

En lo referente a la aplicación de la genética en el campo del Derecho de familia su influencia muestra especial interés en la determinación de la paternidad.

En tal sentido, y tomando como base el principio de paternidad biológica, se considera necesario reestructurar todo el régimen de la sociedad paterno-filial (filiación matrimonial y extramatrimonial) sustentándolo en un régimen de determinación abierto, en el que prime la verdad exacta

(10) ***Cfr.*** Supra, No.32.

y real (la genética), dejando de lado el régimen cerrado sustentado en supuestos irreales o falsos (las presunciones) en los que prima la voluntad del padre y no la sangre, como por naturaleza debe ser.

En tal sentido, los principales artículos propuestos referentes al campo de la genética y su influencia en el de Derecho de la familia son:

Texto:

*"**Artículo 385.-** En los procesos de filiación se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte."*

FUNDAMENTO:

Sin duda este artículo subsana la deficiente y anacrónica redacción del artículo 413 del Código Civil vigente, que refiere la aplicación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, que es única y exclusivamente, aplicable para los juicios de la declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial, limitando su utilización en los procesos de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad matrimonial.

La propuesta se orienta dentro de la sistemática de la investigación de paternidad irrestricta o régimen abierto, el que toma como base fundamental el vínculo biológico o de sangre en una relación paterno-filial, dejando de lado el vínculo social que ha creado tantos problemas y ha limitado el accionar.

El artículo propuesto refiere la admisibilidad en los procesos de filiación de toda clase de pruebas. Dentro de estas deben considerarse a las biológicas (grupos sanguíneos, huellas dactilares, odontograma, el examen radiológico de la columna vertebral, proteínas séricas, polimorfismos cromosómicos), así como la prueba de marcadores genéticos (perfil de ADN).

Se ha querido dar énfasis a la investigación biológica de la paternidad con la inclusión de la prueba de los marcadores genéticos que tiene aplicación judicial en otros países [11] y que sirve para determinar positivamente la paternidad. Las pruebas biológicas hasta el momento son exactas únicamente para excluir, mas no para definir exactamente una relación paterno-filial.

Lo novedoso es que, dada la importancia de estos procedimientos y de

(11) Un caso importante fue el suscitado en noviembre de 1991, cuando Edson Arantes do Nascimento, Pelé, se sometió por disposición de la Sexta Sala Civil de Justicia de Santos (Sao Paulo), a los exámenes de impresión genética, que determinaron su nexo paternal con Sandra Regina Machado (Expreso, 28/12/1991). ***Cfr.*** Varsi Rospigliosi, Enrique: Una experticia infalible: el ADN y el Derecho, en: ***El Peruano***, Cuerpo B, 5/08/1993, p.13.

las pruebas que se pueden realizar, se otorga la facultad al Juez para decretarlas, esto de conformidad con el artículo 194 de nuestro Código Procesal Civil.

Texto:

*"**Artículo 386.**- La negativa al sometimiento a la prueba del nexo biológico será apreciado por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, ya sea como un indicio determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tienen por objeto comprobar."*

FUNDAMENTO:

La propuesta en análisis presenta un sentido estrictamente procesal, pero se consideró importante incorporarla al código sustantivo en el sentido de la especialidad de las pruebas a que se refiere y, a los efectos determinantes que esta produce.

La negativa o resistencia al sometimiento de la prueba del vínculo biológico deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, la que determinará el surgimiento de un indicio o presunción. Normas similares las encontramos en los Códigos civiles de España, Venezuela, Colombia y en la ley de Banco de Datos Genéticos de Argentina.

Jurisprudencialmente en el Derecho Comparado, se han dado varios casos en los que la negativa al sometimiento del examen biológico ha derivado en un fallo estableciendo la paternidad del requerido a la prueba [12].

6. CONCLUSION

Con estas particulares y especiales propuestas de reforma al Código Civil la Comisión de Derecho de las personas, así como la de Derecho de familia consideran que nuestro Derecho Civil peruano seguirá manteniendo aquella vanguardia que lo ha caracterizado, principalmente, desde 1984.

---

(12) Tal es el valor absoluto que ofrece la pauta genética del ADN que la negativa de parte a su sometimiento puede perfectamente crear una presunción o establecimiento directo de paternidad. Situaciones judiciales al respecto existen: en marzo de 1990, "El Cordobés" fue declarado padre de Manuel Benites Velasco por el Tribunal Constitucional Español ante la negativa a someterse a las pruebas de paternidad; negativa que a criterio de la Alta Corte "constituye base suficiente para que el tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a la conclusión de la paternidad reclamada". En octubre de 1992 el cantante Julio Iglesias fue declarado padre del menor Javier Sánchez, al haberse negado éste a la prueba de paternidad dictaminada por el 13º Juzgado de Primera Instancia de Valencia (España); la negativa, a criterio del juez, fue "un indicio demostrativo relevante" de su paternidad. ***Cfr.*** VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: ***Loc.cit.***

LA TUTELA DE LA PERSONA FRENTE A LA MANIPULACION GENETICA

Enrique Carlos Banchio
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.
Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdova.
Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdova (Argentina).

El saber genera poder.
El saber sobre el hombre genera
poder sobre el hombre.

SUMARIO: 1.- Introducción. La dignidad de la persona y los descubrimientos científicos. II.- La manipulación génica del ser humano. III.- Inviolabilidad de la identidad génica de la especie humana. IV.- El poder de la ciencia como nuevo poder del hombre. V.- Confrontación entre lo "Técnicamente posible" y lo "Eticamente aceptable". VI.- Cuestiones éticas y jurídicas que plantea la moderna ingeniería genética. VII.- La responsabilidad como categoría ética. VIII.- Recomendaciones y Propuestas. IX.- Apreciación crítica: estado de la cuestión. X.- La dignidad como atributo de la persona humana. XI.- La antigua concepción patrimonialista del Derecho Civil. XII.- Misión actual del Derecho Civil. XIII.- El Código Civil del Perú. XIV.- Modificaciones propuestas en materia genética. XV.- Opinión conclusiva.

I. INTRODUCCION.- LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTIFICOS.

En la historia de la humanidad -se ha señalado con indisimulada preocupación- nunca los descubrimientos científicos han afectado más a la esencia del ser humano, a su dignidad, que los derivados del empleo de las nuevas técnicas biomédica[illegible]

(1) BARBERO SANTOS, Mariano: en "Proemio" a la obra "Ingeniería genética y reproducción asistida", Madrid, 1989., página XV. Con profundidad de pensamiento, agrega: El "**estar-en-el-mundo**" transformado por el resultado de otros logros científicos, se convierte en un radical trastrocamiento del puro "**ser-en-el-mundo**".

"Cuando la humanidad llega a un nivel insospechado en los progresos de orden técnico, cuando ha descubierto los secretos de la materia y juega con las fuerzas en ella encerrada ... más pequeño se encuentra el hombre como persona individualmente considerada, como sujeto de derecho y obligaciones. El mundo va deshumanizándose, el ser racional se convierte en un número, los universales y lo abstracto absorben la persona humana..." (2)

Es que el Derecho no ha resultado ajeno a las transformaciones tecnológicas, ni tampoco ha podido soslayar las amenazas que conlleva el riesgo de ver trastrocada la jerarquía de sus valores en aras de la exultante supremacía de los logros técnicos (3).

Los prodigiosos descubrimientos de las ciencias biológicas y médicas, generan en algunos perplejidad, en tanto que en otros despiertan justificada desconfianza, porque a través de ellos se atenta frecuentemente no sólo contra la dignidad de la persona, sino también contra la vida humana naciente, apreciada ésta bajo el deshumanizado prisma cientificista (4).

En la confrontación entre moralistas y científicos se argumenta en pro o contra del concepto de dignidad humana, mostrando la impresión de hablar idiomas distintos o bien de "**razonar con lógicas incompatibles**", de modo particular en el campo de la ética médica, especialmente en la discusión en torno de la genética y la eutanasia, para no citar sino algu-

---

(2) BORREL MACIA, Antonio: "Para una mayor humanizacíon de nuestro Derecho Civil". Discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, página 16.

(3) Conf. QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "El Derecho, valor de la cultura" (separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Marzo de 1986, Editorial Reus, Madrid, página 6. El profesor de la Universidad de Madrid, para marcar la afirmación rotunda de la jerarquía de los valores del espíritu frente a los avances de la técnica, destaca como un hecho comprobado cada día, cómo las obras técnicas mas prodigiosas, que fueron timbre de orgullo al momento de su creación, se convierten luego en objetos inútiles, cuando no de irrisión para los mismos que las admiraron. Luego de señalar que este fenómeno palmario de fugaz caducidad alcanzará también, pasado pocos decenios, a los "Jets" y satélites interplanetarios de hoy, a los que ineluctablemente espera idéntico destino de correlativo anonimato. "Y, sin embargo,- concluye el autor- no ya dentro de una generación, sino de cientos de generaciones, seguirán vivos y eficaces los versos y prosas de Lorca, Ortega, Claudel o Valery, como lo están, no ya los de Baudelaire, Becquer o Verlaine, sino los de Shakespeare, Cervantes, Dante, y hasta Virgilio y Homero."

(4) BANCHIO, Enrique Carlos: En el Capitulo II de nuestro ya citado estudio sobre el "Status Jurídico del nascíturus en la procreación asistida", bajo el Título "Los avances científicos y el asincronismo Jurídico" señalamos que los descubrimientos científicos y técnicos en su constante expansión, conducian a la necesidad de sancionar leyes especiales, de consumo no redactadas por juristas, sino dejadas en manos de especialistas de las disciplinas mencionadas, interesados antes bien en la obtención de la esperada permisividad de manipulación, que de mantener respetuosa congruencia con los principios éticos y filosóficos que otrora inspirarán a nuestro codificador.

nos de los temas que concitan profunda preocupación en nuestros días [5].

Es que los temas vinculados con el principio o el fin de la vida humana hunden sus raices en nuestro pasado cultural, por lo que sus planteamientos devienen polémicas, en la medida que conmocionan los estratos profundos del psiquismo humano, tornando difícil el logro de soluciones objetivas y desapasionadas [6].

El nacimiento y la muerte -afirma GAFO-, más que dos acontecimientos biológicos del ser humano, son dos eventos culturales, ya que las diversas sociedades no han permitido que los hechos de la sexualidad y de la muerte queden en las esferas de su componente puramente biológico, sino que los ha rodeado de ritualizaciones, atribuyéndole un contenido ético [7].

La gravedad de la cuestión, adquiere grado de justificada alarma cuando se llega a calificar de "brutal embestida", la emprendida por la Biología y la Medicina contra la persona humana , que ha llevado a situarnos en una singla en la que el hombre, buscándose a sí mismo, no encuentra al hombre [8]).

II. LA MANIPULACION GENICA DEL SER HUMANO.

En el horizonte de la nueva genética, iluminado con el nacimiento de las técnicas del ADN-recombinante, resulta previsible, que en los años augurales del próximo milenio, el Hombre habrá logrado penetrar el se-

---

(5) Dentro de la extensa bibliografía sobre esta materia, resultan de significativo interés las autorizadas opiniones de científicos y moralistas, recopíladas en publicaciones de las siguientes universidades europeas:
- "La Biología frente a la Ética y el Derecho", Publicación de la Universidad del País Vasco, 1988. Compilación del "VI Curso de verano en San Sebastián", sobre dicha temática, en especial página 7 y siguientes.
- La procreazione artificiale tra ética e diritto". Convención de la Universidad de Génova - 1987. (Colección de Guido Alpa y Mario Bessone), Editorial Cedam, Padova, 1989, en especial, III Parte, dedicada el problema ético y deontológico, páginas 239/333.
- "La vida humana: origen y desarrollo - Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas", Publicación de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1989, en especial Parte III, páginas 212/289.

(6) GAFO, Javier (editor): en "La eutanasia y el arte de morir", Dilemas éticos de la medicina actual, Publicación de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990, Introducción, página 9.

(7) GAFO, Javier: "La eutanasia - El Derecho a una muerte Humana", Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1990, páginas 23 y siguientes. En interesantes reflexiones sobre la dificultad de adoptar ante estos problemas una actitud objetiva y desapasionada, en referencia mitológica nos recuerda que "Eros y Thanatos" (sexo y muerte) representan dos componentes básicos del ser humano, dos tendencias fundamentales que configuran nuestra persona y nuestras relaciones humanas".

(8) REPETTO, Germán: Citado por Castan Tobeñas, José, en "Humanismo y Derecho", página 122, texto y nota Nº 3.

creto más celosamente guardado por la Naturaleza en el interior de los seres vivos, y con ello, del propio ser humano [9].

Abierta la puerta a la manipulación del ADN-recombinante, los factores genéticos dejarán de ser propiedad exclusiva e inviolable de la especie humana, pudiendo transferirse a otros seres vivos. Y, en forma inversa, existirá la posibilidad de transferir al genoma humano, factores genéticos procedentes de otras especies.

Con frecuencia suelen mencionarse cuatro procedimientos o niveles potenciales de intervención genética en el ser humano:

a) Terapia génica de células somáticas.
Destinada a lograr la corrección de defectos genéticos en la célula somática o corporal de una persona.

b) Terapia génica de la línea germinal.
Consiste en la inserción de un gen en las células reproductoras de un paciente, de modo tal que se logra corregir la anomalía en su futura descendencia.

c) Manipulación génica perfectiva.
Se trata de la inserción de un gen, no con fines terapéuticos, sino para mejorar un determinado carácter somático de la persona, por ejemplo, mejorar la talla de un niño.

d) Manipulación eugenésica.
Destinada a mejorar los rasgos humanos codificados por un gran número de genes, determinante de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc.

III. INVIOLABILIDAD DE LA IDENTIDAD GENICA DE LA ESPECIE HUMANA.

En conformidad con la clasificación expuesta, la alteración génica de las **células somáticas** (aquellas que integran el cuerpo del sujeto con carácter de estructura meramente temporal que desaparecen con el) resulta susceptible de caer en el ámbito de la decisión personal, por cuanto sus efectos biológicos no se transmiten a la descendencia.

En cambio, la modificación génica de las **células germinales** humanas (plasma que forma un tejido independiente potencialmente inmortal) no resultaría susceptible de terapia génica si no mediare el consentimien-

(9) Nos ocupamos con mayor detenimiento sobre los aspectos vinculados con estos descubrimientos científicos en nuestro trabajo "El Proyecto Genoma Humano frente a la Etica y el Derecho", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Libro Homenaje al Dr. Pedro J. Frías -Tomo III, pág. 953 y ss.

to de todos los miembros de la sociedad, en cuanto compromete el futuro de la progenie humana, por lo que su prohibición deviene en forma explícita [10].

Con esta distinción se quiere marcar una barrera cualitativa entre lo que puede realizarse en otras especies animales y lo que desde el punto de vista ético resulta aceptable en el ser humano.

La intervención sobre el ser humano en su reducto biológico más íntimo (genoma), convierte al Hombre en el Señor de su propia evolución, pero priva a la **persona humana** del derecho a ser ella misma, a venir al mundo sin que sus caracteres hayan sido programados o preparados por los deseos o los intereses de otros.

Con esos fundamentos se ha sostenido que "no debería intentarse la manipulación ingenieril de rasgos genéticos específicos en la línea germinal de la especie humana" [11].

La intervención del Derecho, acorde con la dimensión ética implicada en la materia, deberá tutelar, con valor de principio fundamental el acervo génico de la línea germinal de nuestra especie, proscribiendo las técnicas relacionadas con la cirugía del genoma humano [12].

Ante la creciente amenaza a su incolumidad, se estima que quizás haya llegado el momento de declarar inviolable el patrimonio genético humano, tanto el de los individuos como de las poblaciones, por ser el resultado de una larga evolución que tornaría imprudente modificarlos súbitamente y de forma arbitraria [13].

Y ello es así porque las técnicas de terapia génica aplicadas a las células germinales implica la determinación de los caracteres del nuevo ser

---

(10) SUSUKI, David y KNUDTSON, Peter: "Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos", Madrid, Editorial Tecnos S.A., pags. 160 y 184. "La aplicación de las técnicas de terapia génica sólo a células somáticas -células de la médula ósea, hígado o cerebro, por ejemplo - puede protegernos de errores, dado que esas células son mortales. Ya que la duración de la vida de las células somáticas no excede a la del organismo humano, es probable que los problemas causados por errores o malos cálculos en la reparación génica se limiten a la vida del paciente sujeto a tratamiento. Nuestros juicios éticos, individuales y colectivos, debería reflejar esta profunda diferencia biológica entre células somáticas -con sus genes de corta vida que caen en el dominio moral de la decisión individual- y las células germinales -con sus genes potencialmente inmortales, sobre los que las generaciones futuras, desde el punto de vista moral, también tendrían algo que decir".

(11) Resolución suscrita por 56 lideres religiosos (incluyendo representantes del protestantismo, catolicismo y judaísmo) y ocho científicos y éticos. Congressional Record, 10 de junio de 1983. Cita tomada de los autores y obra mencionados en nota anterior, página 160.

(12) Genoma humano: se entiende por tal la totalidad de secuencias de ADN (ácido desoxirribonucleíco) portadoras de genes que contiene una célula humana (dotación genética completa del individuo).

(13) ABRISQUETA, José Antonio y ALLER, Vitalino: "Directrices éticas de la manipulación genética", en "Fundamentación de la bioética y manipulación genética", Javier Gafo, Editor, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1988, pág. 193.

por designio del genoterapeuta.

Tal modificación génica contradice profundamente la dignidad humana y los derechos humanos comprometidos. En modo particular lesiona inevitablemente la **libertad existencial** del ser nacido en esas condiciones [(14)].

Si el respeto a la dignidad humana constituye una categoría ética y se erige en principio de vigencia jurídica, resultará ilícita toda intervención transgénica que impida al hombre desplegar y realizar en plenitud la humanidad que le es propia [(15)].

Asimismo, en el aspecto puramente científico, debe tenerse presente que el costo de desconocer algunos procesos genéticos podría llegar a ser inaceptablemente alto para la humanidad, tan pronto se considere que la manipulación génica encierra la potencialidad de multiplicar los errores biomédicos de manera exponencial, cuyos resultados desfavorables superarían la vida del genoterapeuta y la del paciente que hubiere consentido la intervención génica [(16)].

IV. El poder de la ciencia como nuevo poder del hombre.

Los prodigiosos descubrimientos de la llamada "explosión científica", operada esencialmente en el campo de la "nueva genética", capaces de descifrar los mensajes químicos crípticos de las moléculas génicas, proporcionan la posibilidad de modificar genotipos individuales. Ello confiere al Hombre un extraordinario poder sobre los procesos de su propia herencia biológica.

Este nuevo poder del hombre para modificar la base biológica más profunda de sus propias células resulta susceptible de causar perplejidad y deparar justificada preocupación por las consecuencias que pudieren derivarse de las aplicaciones de dichos avances en la evolución de la materia viviente.

V. CONFRONTACION ENTRE LO "TECNICAMENTE POSIBLE" Y LO "ETICAMENTE ACEPTABLE".

Si bien la revolución biológica de la nueva genética no ha hecho nada

(14) GAFO, Javier: "El nuevo Homo Habilis", en "Ingeniería genética y reproducción asistida" Edición de Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, pág. 165. Ejemplifica el autor: un hijo "clónico" sería un ser al que se ha asfixiado la autenticidad de ser él mismo, la libertad de descubrirse a sí mismo...Se lesiona un derecho fundamental , que pertenece inevitablemente a la libertad existencial. (página 168).

(15) SCHULLER, Bruno S.J.: "La problemática de la ingeniería genética desde la perspectiva de la teología moral." Traducción del alemán de Antonio de Zubiaurre, en "Ingeniería genética y reproducción asistida", obra citada, Página 223.

(16) Obra y lugar citados, en nota precedente.

más que empezar, de lo que venimos de explicar se observa que ella ha superado el estadio analítico investigativo preliminar, para ingresar en el cualificado ámbito de la intervención aplicada. Estas nuevas posibilidades, propias de la tecnologías de avanzada, plantean profundos dilemas éticos y jurídicos.

Si bien es tarea de los biólogos el descifrar el "**libro del ser humano**", son los teólogos, los filósofos, los juristas y los legisladores, los que tienen el deber de discutir las soluciones que afectan a esta herencia común, que es nuestra cultura [(17)].

Este legado dual de la ciencia y de la tecnología comprende por una parte, beneficios importantes e inmediatos, al par que por otra, puede generar -quizás indeseadamente- consecuencias imprevistas de carácter negativo.

Es sabido que en la etapa actual de desarrollo tecnológico, junto a avances y progresos indiscutibles, también se generan nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades del hombre [(18)].

Por primera vez en la historia, el "homo habilis" ha alcanzado la fáustica capacidad de diseñar la vida mediante intervenciones humanas deliberadas (procedimientos de terapia génica somática y terapia génica germinal).

Esta posibilidad -y sus implicaciones- resultan impresionantes, y en medida mayor, si se reflexiona acerca de la inexperiencia que presenta la humanidad en orden a las pautas históricas, sociales, culturales y jurídicas, que puedan servirle de guía en la travesía de tan ignoto territorio [(19)].

VI. CUESTIONES ETICAS Y JURIDICAS QUE PLANTEA LA MODERNA INGENIERIA GENETICA.

El hombre tiene hoy en sus manos el poder de controlar su evolución genética. Esta facultad reclama un gran sentido de la responsabilidad, tan pronto se acepte que no todo lo posible, resulta al mismo tiempo lícito o humanizador [(20)].

---

(17) ROSENFELD, Claude: ¿Por qué aislar al Tercer Mundo? ¿Qué papel tiene que desempeñar la UNESCO en "Proyecto Genoma Humano: Ética", Publicación de la "Fundación BBV", Bilbao, Segunda Edición, 1993, págs. 124 y sgts.

(18) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Intimidad y protección de datos personales. Del Habeas Corpus al Habeas Data", en "Estudios sobre el derecho a la intimidad", Tecnos, Madrid, 1992, pág. 38.

(19) SUSUKI, David- KNUDTSON, Peter: "Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos", versión española de la obra "Genethics. The Ethics o Engineering Life", Traducción de José Sanmartin y Marga Vicedo, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1991, págs.. 19, 160 y ss.

(20) GAFO, Javier: "Problemática ética de las nuevas formas de reproducción humana", en "La Fecundación Artificial, Ciencia y Ética", Editorial Covarrubias, Madrid, 1985, páginas: 77 y siguientes.

A partir de estos conceptos no resultará difícil percibir el alcance del poder que presupone el conocimiento y la investigación genética, que más que cualquier otra ciencia penetra profundamente en la identidad de los seres humanos, y que puede implicar un intranquilizante futuro en que la base genética de los seres humanos (genoma) dependa de la voluntad de aquellos que posean el poder para programarlo.

"Ninguna de nuestras sociedades llamadas desarrolladas puede escapar, ante el progreso de la ciencia, a una reflexión sobre los valores en que se basa nuestra identidad. En el fondo, la historia de los Derechos del Hombre, que suscita, a justo título tantas pasiones, es la historia de una conquista, la idea de la persona humana. ¿Qué hacer, entonces, cuando esta noción de persona puede ser modificada por la ciencia? ¿En qué se transforman los conceptos también fundamentales de la vida, la muerte, la parentalidad?" (21).

Lo que está en juego -se ha afirmado con certeza- es la identidad de la persona humana, comentada en la diferencia de sexos, en el orden de las generaciones, y en la sacralidad del cuerpo humano (22).

Frente a esta perspectiva se hace necesario la intervención del legislador para prevenir que la recurrencia incontrolada a estas técnicas conduzcan a consecuencias indeseables, que por irreversibles y peligrosas atentarían contra la sociedad civil.

La regulación normativa, dentro del régimen de libertad, indiscutiblemente considerado como el más favorable al progreso de la investigación científica, deberá inspirarse sobre el principio fundante de la naturaleza del hombre que conduce a la protección de su dignidad (23).

Al propio tiempo deberá contemplar que los límites que pudieren señalarse no cierren el camino del saber científico, considerado como patrimonio de la humanidad.

---

(21) Del mensaje enviado por el Presidente de la República Francesa Francois Mitterrand, al Coloquio de Bioética de 1985. Le Monde, 24 de abril de 1985. Véase: VARAUT, Jean-Marc, "Lo posible y lo prohibido", Traducción de Rosa S. Corgatelli, Editorial Atlantida S.A., Buenos Aires, 1991, pág. 131, Nota nº 1.

(22) VARAUT, Jean-Marc, obra citada en nota anterior, pág. 13. Formula como advertencia que "el clonaje es el horizonte de la idolatría de la técnica descripta por Heidegger. El clon es un órgano copiado conforme, ínmunologicamente idéntico...Y lo reproducido ya no será parecido, será **lo mismo**. Se sabe concluye que la reducción de lo otro a lo mismo es el horizonte de todos los totalitarismos espirituales, políticos o científicos. La técnica que priva al niño del derecho de nacer como ser único es altruicida."

(23) LOMBARDI, L.: "Las biomanipulaciones: Cuestiones éticas y jurídicas", en "Persona y Derecho", Nº 15, 1986, Universidad de Navarra, págs. 85 y ss. En Opinión del autor "el problema es cuantitativa, política y económicamente, minúsculo... y, sin embargo, contemplativamente crucial, porque afecta muy de cerca a la autocomprensión del hombre".

VII.LA RESPONSABILIDAD COMO CATEGORIA ETICA.

La genética, cuya tecnología ofrece posibilidades cada vez más fascinantes deviene indómita a la intervención del Derecho, precisamente porque el tema central se vincula con la libertad del hombre. Ante ello recordamos la permanente vigencia del principio, que con fuerza de imperativo moral, nos señala que toda vez que la luz del Derecho ilumina la libertad, ésta no deja de proyectar una sombra: la de la responsabilidad.

Este contraluz diferencial, al confrontar las facultades que surgen de aquella con los deberes que impone ésta, conforma el "**Código ético de la responsabilidad**", que se manifiesta en inquietantes aspectos de la actualidad como el empleo de la energía nuclear, degradación de la biosfera, tecnología genética, etc., orientando la conducta del hombre dentro de un proceso de sostenida impregnación cultural [(24)].

El "principio de responsabilidad" es un fundamento de nuestra cultura, y la manipulación del genoma humano puede llegar a marginarlo sistemáticamente de la conciencia, vaciándola de su contenido [(25)].

Esta exigencia de responsabilidad como categoría ética con la que debe afrontarse el "novum" científico crece proporcionalmente con el aumento de poder que todo conocimiento científico conlleva [(26)].

La noción de responsabilidad, es crucial en la medida que el poder de acción del hombre ha crecido enormemente.

Si bien la responsabilidad también implica que se intente cuanto sea posible para prever todas las consecuencias que puedan derivarse de la actualización de una determinada posibilidad, por la acuciante necesidad de protección frente a posibles peligros y desarrollos erróneos; tampoco

---

(24) JUAN PABLO II: En un llamado a la sabíduria y a la conciencia ética que debe orientar la utilización de los poderes implícitos en los descubrimientos científico, contenido en su "Discurso a los participantes en el Congreso Médico Internacional sobre Diagnóstico prenatal y tratamiento quirúrgico de las malformaciones congénitas" (3 de diciembre de 1982), ha expresado :"Uno de los grandes riesgos a los que está expuesta nuestra época es el divorcio entre ciencia y moral, entre las posibilidades ofrecidas por una tecnología proyectada hacia horizontes cada vez más fascinantes y las normas éticas...Es necesario que todas las personas responsables se pongan de acuerdo para afirmar la prioridad de la ética sobre la técnica, el primado de las personas sobre las cosas" Véase: Bioética y Moral Católica" de Juan Goti Ordeñana, en "La Biología frente a la Etica y el Derecho", Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, pág. 48.

(25) PETERSON, Peter: "Medicina de la reproducción: un desafío a la actitud científico-médica ante la humanización", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", obra citada, pág. 51.

(26) GAFO, Javier: "Problematica ética de las nuevas formas de reproducción humana", en "La Fecundación Artificial, Ciencia y Etica", Editorial Covarrubias, Madrid, 1985, página 166. Al referirse a la categoría ética de la "Responsabilidad" señala con indiscutible acierto que la ética en el pasado se centraba en el respeto a los derechos e intereses de los demás hombres; pero lo que está hoy en juego es toda la biosfera, con sus millones de especies que pueden resultar seriamente amenazadas por una **irresponsable** intervención del hombre.

resultaría conveniente que por supuestas angustias o temores poco fundados se rechazare toda nueva posibilidad que se abra a la biotecnología, y en modo particular a la "nueva genética" [27].

VIII. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.

Sintetizamos algunas voces de alarma contenidas en "Recomendaciones" y "Propuestas", proveniente en ciertos casos de la propia comunidad científica, elaboradas ante los riesgos que inicialmente pueden entrañar las nuevas tecnologías en el campo de la genética y de la Biología molecular.

1.- "Recomendación 934 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Ingeniería Genética". (1982)

Frente a los lógicos motivos de inquietud que genera el desarrollo de la ingeniería genética y la incertidumbre sobre las consecuencias en los campos de la salud y medio ambiente, y de los problemas jurídicos, sociales y éticos planteados por las nuevas tecnologías, la "Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Ingeniería Genética", a través de su Recomendación 934 de fecha 26 de Enero de 1982, establece: [28]

1º) **Derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido ninguna manipulación.**
El derecho a la vida y a la dignidad humana, garantizados por los artículos segundo y tercero de la "Carta de los Derechos Humanos", "implican el derecho a heredar las características genéticas sin haber sido cambiadas artificialmente" (lo que significa el rechazo de la terapia génica germinal y de las manipulaciones genéticas humanas perfectiva o eugenésica).

2º) **Terapia genética con fines terapéuticos.**
El reconocimiento de este derecho no implica excluir las aplicaciones de la ingeniería genética con fines terapéuticos (para el tratamiento de ciertas enfermedades transmitidas genéticamente.

3º) **Consentimiento libre e informado de los interesados.**
La terapia de genes de las células somáticas debe practicarse con consentimiento libre e informado de los interesados.

---

(27) Eser Albín: "La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética- Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán", en "Ingeniería genética y reproducción asistida", Edición de Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, página 295. Véase también HottIS, Gilbert: "El paradigma bioético - Una ética para la tecnociencia". Traducción del francés de M. Carmen Monge, Editorial Antropos, Barcelona, 1991, página 161.

(28) Fuente: GAFO, Javier: "Problemas éticos de la manipulación genética", páginas 145 y sgts.

Cuando se tratare de embriones, fetos o menores de edad, los padres o tutores son los que deben prestar el consentimiento.

4º) **Límites de los usos terapéuticos.**

Propicia la definición de límites en los usos terapéuticos y la protección a los individuos del uso de técnicas con fines no terapéuticos.

5º) **Enfermedades susceptibles de tratamiento.**

Se recomienda la confección de una lista de enfermedades graves susceptibles de ser tratadas por la terapia de genes con consentimientos del interesado.

6º) **Resguardo de la privacidad en el uso de la información genética.**

Se recomienda la sanción de normas reguladoras de la conservación y uso de la información genética, en protección y respeto hacia la confidencialidad y privacidad de las personas implicadas.

7º) **Regulación sobre técnicas genéticas.**

Se recomienda la regulación sobre el uso de los productos de las técnicas de ADN-Recombinante en medicina, agricultura e industria.

2.- "Resolución del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética" (1989). [29]

Los principales puntos de la Resolución son los siguientes:

1º) **La libertad de la ciencia y la responsabilidad social.**

Se enfatiza en torno de la libertad fundamental de la ciencia y de la investigación, señalando que las restricciones impuestas por la sociedad son la expresión legal de la responsabilidad social que afecta a las actividades de investigación y que surgen del reconocimiento de la dignidad de toda persona humana.

2º) **Análisis del genoma humano.**

Debe efectuarse exclusivamente con el fin de beneficiar a las personas afectadas, en un marco de libre decisión de éstas.

Los resultados se comunicarán a los interesados, si ellos así lo desean, respetándose el "Derecho a no conocer". No se podrá informar a los familiares de las personas afectadas, sin el consentimiento de estas. Tampoco podrán transmitirse los datos genéticos a organismos estatales o a organizaciones privadas.

(29) Fuente: GAFO, Javier : obra citada en nota anterior, páginas 148 y sgts.

3º) Selección de trabajadores según criterios genéticos.

Exige que se prohiba jurídicamente la utilización del análisis genético en los reconocimientos médicos previo a la contratación de los trabajadores.

4º) Análisis genéticos en la contratación de seguros.

Las compañías de seguro no tienen ningún derecho a realizar análisis genéticos antes o después de suscribir un contrato de seguro. Dichos análisis no pueden considerarse como condición previa para la firma del contrato.

5º) Análisis genéticos en procedimientos judiciales.

Podrán realizarse en forma excepcional y exclusivamente por orden judicial. Sólo podrá usarse la parte del análisis vinculada al caso concreto, sin que se permita deducciones sobre la totalidad de la información genética.

6º) Terapia génica en células somáticas.

Se la considera una forma de tratamiento básicamente defendible, siempre que se informe debidamente al afectado y que se recabe su consentimiento informado. Debe tratarse de una terapia rigurosamente científica, con ponderación de los beneficios y riesgos que pueden seguirse de la misma.

7º) Penalización de la terapia génica en células germinales humanas.

El Parlamento Europeo es contrario a otros tipos de manipulación genética del ser humano: "Deberán prohibirse categóricamente todos los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos" y "Exige la penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas".

Considera que "aun una modificación parcial de la información hereditaria constituye una falsificación de la identidad de la persona que, por tratarse esta de un bien jurídico personalísimo, resulta irresponsable e injustificable".

8º) Protección del cigoto humano.

La intervención sobre embriones o fetos vivos sólo se justifican por la utilidad directa en beneficio del niño y de la madre. Requiere se penalice el que se mantenga artificialmente en vida embriones humanos con el fin de extraer tejidos u órganos.

3.- "Declaración de Bilbao sobre Aspectos Legales del Proyecto Genoma Humano" (1993).

Organizado por la Fundación BBV, un Congreso Internacional que reunió a más de 130 especialistas de distintas disciplinas (Biología, Medi-

cina, Química y Derecho), entre ellos varios Premios Nobel de Medicina y uno de Química [30], deliberó durante tres días (24, 25 y 26 de Mayo de 1993) en la Ciudad de Bilbao (España).

En dicha reunión internacional a la que asistimos en compañía de distinguidos juristas se debatió en amplitud y con profundidad, la temática vinculada con los "Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano" [31].

Luego del informe y debate de los distintos aspectos legales que presenta el Proyecto Genoma Humano, dividido en ocho ponencias [32], en la sesión de clausura se dio a conocer, bajo el título de "Declaración de Bilbao", las conclusiones que serán extendidas a todas las comunidades científicas que en el mundo investigan en materia genética.

Seguidamente nos ocupamos de cada una de ellas subtitulándolas por la materia que regulan. En notas formulamos los comentarios explicativos de sus contenidos.

1º) **La utilización del conocimiento genético.**
La incidencia del conocimiento genético en el ser humano, demanda una detenida reflexión de los juristas para dar respuesta a los problemas que plantea su utilización [33].

2º) **La libertad de investigación y el autocontrol del investigador.**
La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que la impuesta por el autocontrol del investigador [34].

3º) **Los Derechos Humanos como límites a la manipulación genética.**
El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales, marca el límite a toda ac-

(30) Los premios Nobel de Medicina: Carleton Gajdusek (1976), Baruch S. Blumberg (1976), Hamilton O. Smith (1978), Jean Dausset (1980) y el Premio Nobel de Química (1982), Aaron Klug.

(31) Por Argentina asistieron los profesores Salvador Dario Bergel, Aida Kemelmajer de Carlucci, Luis Moisset de Espanés y el autor de este trabajo. Por la hermana república del Perú lo hizo el distinguido jurista Profesor Carlos Fernández Sessarego.

(32) Fueron ocho los aspectos ponenciales en que se dividió la cuestión, a saber. Introducción: El Proyecto Genoma Humano. Resumen histórico. Estado de la cuestión; Ponencial: La libertad del hombre y el genoma; Ponencia II: El derecho a la intimidad y el uso de la información genética; Ponencia III: El genoma humano y el contrato de seguro; Ponencia IV: La patentabilidad de los descubrimientos genéticos; Ponencia V: El mensaje genético y el principio de culpabilidad; Ponencia VI: Límites penales de la manipulación genética; Ponencia VII: La identificación de las personas mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas; Ponencia VIII: Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.

(33) Nos ocupamos de esta materia al analizar el tema: "El poder de la ciencia como nuevo poder del hombre".

(34) Concuerda con nuestra opinión sustentada al desarrollar el tema: "La responsabilidad como categoría ética".

tuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano.

4º) **El derecho a la intimidad en la investigación científica.**
La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y debe ser inmune a cualquier intromisión. El secreto informado es requisito indispensable para interferir en ella. Sólo excepcionalmente y por motivos de interés general podrá permitirse, bajo control judicial, tener acceso a ella [(35)].

5º) **El cuerpo humano y la dignidad de la persona.**
El cuerpo humano, por respeto a la dignidad de la persona, no debe ser susceptible de comercialización. Pero, se permitirá la disponibilidad gratuita y controlada con fines terapéuticos o científicos [(36)].

6º) **El conocimiento genético como patrimonio de la humanidad.**
Los conocimientos genéticos son patrimonio de la humanidad, y se comunicarán libremente [(37)].

7º) **Restricciones en la aplicación de técnica genéticas.**
La técnica genética aplicada a la identificación personal, siendo susceptible de suministrar más información de la estrictamente necesaria, deberá restringirse a la exigencia indispensable de cada caso concreto [(38)].

8º) **Moratoria en la manipulación genética de la línea germinal.**
Hasta que lo permitan los avances científicos, y dado que no conocemos las funciones exactas de un solo gen, es prudente establecer una moratoria en el uso de células germinales genéticamente mo-

---

(35) GIRARD, Jean Francois: "El proyecto genoma humano, perspectiva francesa", página 70. Coincidimos con el autor en cuanto sostiene que la confidencialidad de la información del genoma humano y de la dotación genética debe estar protegida por el secreto profesional, igualo que cualquier otra información médica.

(36) BANCHIO, Enrique Carlos: "Nuevas categorías de cosas-Doctrina y Legislación comparada", Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, en especial Nº 3: "El cuerpo vivo del hombre" donde ya considerábamos ilícitas por contrarias a las reglas de la moral y de las buenas costumbres todo tipo de cesión de piezas anatómicas, efectuadas a título oneroso. Páginas 79 y sgtes.

(37) El Proyecto Genoma Humano ha sido concebido basándose en la cooperación científica internacional, por resultar una necesidad profesional para quienes estén implicados en el programa del análisis del genoma. El proyecto inicial que lleva el nombre de HUGO (Human Genome Organization) fue creado por 32 científicos de distintos países participantes.

(38) La tutela de los derechos de la persona, en especial el vinculado con su intimidad, impone la vigencia del principio de la confidencialidad en el acceso a los datos genéticos. Ello implica la prohibición de toda difusión que no fuere autorizada, previo consentimiento informado de su titular.

dificadas [39] [40].

9º) Rechazo a la discriminación genética.

Rechazo a la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o en cualquier otro [41].

10º) Control supranacional en la aplicación de conocimientos genéticos.

Se aconseja elaborar acuerdos internacionales y armonizar las leyes nacionales para regular la aplicación de los conocimientos genéticos, así como instaurar un organismo de control supranacional [42].

---

(39) NIRENBER, Marshal: (Premio Nobel 1969). En señal de alerta nos recuerda que "Cuando el hombre sea capaz de dar instrucciones a sus propias células, debe abstenerse de hacerlo hasta que tenga suficiente sabiduría para usar este conocimiento en beneficio de la humanidad".

(40) VEZZONI, Paolo: "Aspectos científicos y éticos del Proyecto Genoma Humano en Italia", en "Proyecto Genoma Humano: Etica", págs. 93 y sgts. Nos informa el autor que en materia de terapia genética en Italia se ha llegado recientemente a un amplio acuerdo entre científicos, políticos, expertos en ética y teólogos de la Iglesia Católica, reconociendo la licitud de la genoterapia de las células somáticas, ya que este tipo de terapia no difiere en principio de otros como, por ejemplo, los trasplantes de médula ósea. Pero, por el momento no se permite la genoterapia de líneas germinales, porque los beneficios potenciales pueden contrarrestarse con la posibilidad de dañar el embrión, no descartándose el temor adicional de que estas técnicas puedan utilizarse para cambiar el genoma humano.
STOTTS, Jack L.: "El protestantismo y el Proyecto Genoma Humano", en "Proyecto Genoma Humano: Etica", págs. 155 y sgtes. Refiere el autor que el "Concilio Mundial de las Iglesias", teniendo en cuenta los posibles peligros así como los posibles beneficios de las nuevas formas de la biotecnología, -entre otras recomendaciones- hace un llamamiento a todas las naciones del mundo para que depongan todos los usos de la ingeniería genética como programa de investigación enfocada hacia el armamento biológico, al tiempo que inicia consultas entre las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, los científicos, las Iglesias y otros, para reflejar la evolución política de la biotecnología y su impacto sobre la justicia mundial, con el fin que los más necesitados reciban el máximo de beneficios.

(41) Se ha estimado que los problema relacionados con el uso de la información genética no necesitarán medidas especiales de carácter draconiano. Sin embargo, es necesario que la sociedad esté preparada para ello, con el fin de evitar discriminaciones por parte de empresarios, directores de personal, compañías de seguros, con relación a quienes presenten características genéticas que lo hagan propenso a ciertas enfermedades, muerte prematura o incapacidad física. No hay que olvidar -se ha afirmado y con razón- que nadie escoge sus genes. Por tanto ninguna persona puede ser analizado genéticamente sin su consentimiento, y la información obtenida no debe darse a terceros sin autorización del interesado. Véase GRISOLIA, Santiago, en "Proyecto Genoma Humano: Etica", obra citada, página 24.
SAAS, Hans Martin: "Un punto de vista alemán", en "Proyecto Genoma Humano: Etica", págs. 71 y sgts. Sostiene que en Alemania, dentro de un clima básico de desconfianza hacia las nuevas formas de alta tecnología, han surgido temores respecto a una posible discriminación, de los minusválidos y retrasados, a la discriminación para obtener un puesto de trabajo, a la asistencia sanitaria, y para suscribir un contrato de seguro. Igualmente se teme un aumento de los abortos selectivos como consecuencia de los análisis prenatales selectivos.

(42) En algunos países se han creado instituciones para tratar específicamente las cuestiones relacionadas con la biotecnología. Tal es el cometido que cumple en Francia el "Comité Consul-

IX. APRECIACION CRITICA: ESTADO DE LA CUESTION.

Si se parte de la premisa que el "**conocimiento genera poder**", bien pronto podrá concluirse que el "**conocimiento sobre el hombre, genera poder sobre el hombre**".

En consecuencia, la incidencia del conocimiento genético sobre el ser humano reclama una profunda reflexión del jurista, encaminada a brindarle tutela frente a los acuciantes riesgos que derivan de la aplicación de los nuevo recursos biotecnológicos.

Si bien la investigación científica debe desenvolverse en un marco esencialmente libre, el Parlamento Europeo ha establecido -con indiscutible acierto- que las restricciones impuestas por la sociedad son la expresión legal de la responsabilidad social que afecta a las actividades de investigación y que surgen del reconocimiento de la dignidad de toda persona humana [43].

En esta línea de pensamiento resulta éticamente admisible la terapia génica de las células somáticas, previo consentimento informado del afectado, con rigurosa ponderación de los beneficios y riesgos que pueden seguirse de las mismas.

Tratándose de terapia génica en las células germinales, el Parlamento Europeo se ha pronunciado categóricamente en contra de su aplicación, estableciendo que "Deberán prohibirse los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos", exigiendo la "penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas".

El derecho a la vida y la dignidad humana, garantizados por la "Carta de los Derechos Humanos", implican el derecho a heredar las características genéticas sin haber sido cambiadas artificialmente.

En síntesis: El Derecho a un patrimonio génico que no haya sufrido arbitraria manipulación, al descalificar cualquier modificación de la información hereditaria, tutela la **identidad de la persona**, que por su naturaleza de bien jurídico personalísimo, torna irresponsable e injustificable cualquier intento de falsificación.

Por último, resulta evidente que el **Proyecto Genoma Humano** despierta admiración por lo ambicioso de sus objetivos científicos, admiración no exenta de preocupación por los profundos interrogantes sobre las consecuencias éticas y jurídicas que puedan derivarse de la aplicación de lo conocimientos sobre la base fisiobiológica de la especie humana.

---

tivo Nacional de Etica para las ciencias de la vida y la salud", creado por Decreto presidencial de 23 de febrero de 1983; en Estados Unidos, el "Comité Asesor del Congreso sobre Etica y Biomedicina"; también existen en Italia, Australia, Portugal, etc,.

(43) "Resolución del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética". Año 1989.

Finalmente recordemos que la Humanidad tiene experiencia acumulada en este siglo sobre el uso alternativo de los logros alcanzados en el campo de los descubrimientos científicos.

Siglo que se caracteriza -como señalara Einstein- por la "perfección en los medios y la confusión en los fines".

Frente a estos dilemas que presenta el desarrollo científico del Proyecto Genoma Humano, resulta esclarecedora la valoración ética y jurídica de los **principios de libertad y responsabilidad**.

En cuanto al **principio de libertad**, en este caso concreto, la libertad del investigador o del genoterapeuta, no reviste carácter absoluto, sino que debe conjugarse con el **principio de la responsabilidad**, que como categoría ética, limita toda intervención investigativa o terapéutica o aplicación de los conocimientos ya adquiridos que proporciona la biotecnología, en cuanto tales procedimientos puedan significar una lesión o menoscabo a la eminente dignidad del ser humano, cuya jerarquía ética deviene incomparable por constituir **el valor no compensable de la existencia humana como meta en sí** (44).

Desde el momento que la biogenética intenta conectar el mundo subjetivo del hombre con el mundo objetivo de la naturaleza, el punto de vista de las ciencias sociales con el de las ciencias biológicas; adquiere mayor énfasis la sabia enseñanza que nos recuerda que opuestamente a lo que nosotros pudiéramos creer, no es a partir de la biología que se puede formar una cierta idea del hombre, sino por el contrario, sólo a contar con una idea del hombre podemos utilizar la biología al servicio de su eminente dignidad (45).

X. LA DIGNIDAD COMO ATRIBUTO DE LA PERSONA HUMANA.

La conceptualización de la dignidad del hombre como atribución valorativa de su proyección moral, se conforma jurídicamente a partir de un componente de naturaleza antropológica (46).

---

(44) KANT, Manuel: "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Editorial Espasa Calpe Argentina, 1946, págs. 91 y ss.

(45) GROS, F.; JACOB, F.; y ROGER, P.: Informe del Comité de Expertos para el desarrollo de los Derechos del Hombre (DHDEV), ante el Consejo de Europa, Estrasburgo (Francia), octubre 24 de 1990.

(46) WILS, Jean-Pierre: "¿Fin de la dignidad del hombre en la ética?", en Concilium, Nº 223, Madrid, 1989, página 411 y siguientes. La idea de la dignidad del hombre contiene, según el planteamiento del autor, un componente jurídico y otro antropológico. El primero se refiere a la función de la dignidad en el contexto de la fundamentaciones sustanciales del sistema jurídico, el segundo a los conceptos y principio supremos de su argumentación ética. Afirma que no hay concepto de la ética tan frecuentemente solicitado como la categoría de la **dignidad del hombre**, estimando que si no se la quiere degradar a una fórmula vacía, hay que tener en cuenta tanto su complejidad histórica como su importancia metódica en las estrategias de su argumentación ética".

Con elevada jerarquía moral se ha sostenido que "Toda persona es un fin en sí misma, y hoy, hay una creciente conciencia moral de la verdad de este principio, que los pueblos comparten por doquier".

"La dignidad de la persona puede ser protegida sólo si la persona es considerada inviolable desde el momento de la concepción hasta su muerte natural" (47).

En relación con esta esencial prerrogativa que garantiza a la persona el goce en plenitud de sus facultades, puede afirmarse que la dignidad postula ineludiblemente la personalidad jurídica, la aptitud para ser titular de derecho y obligaciones, la atribución de derechos y deberes que le son inherentes y son inviolables" (48).

En consecuencia, la dignidad de la persona -apreciada en sentido jurídico- se convierte en fundamento de todos sus derechos. (Argumento artículo 4 de la propuesta de modificaciones del Código Civil de Perú) (49).

Por tanto, la dignidad humana ha dejado de ser una categoría meramente "enfática", o simplemente "declarativa" del Derecho, sino que reviste, positividad normativa, cuyo fundamento constituye la piedra angular en la que reposa la tutela jurídica del ser humano.

XI. LA ANTIGUA CONCEPCION PATRIMONIALISTICA DEL DERECHO CIVIL.

Los derechos inherentes a la dignidad de la persona acusan escaso desenvolvimiento en las legislaciones civiles contemporáneas. Si bien no falta la protección de la persona como ser individual, ésta es ejercida por otras ramas del ordenamiento positivo, especialmente por el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal.

El Código de Napoleón, modelo paradigmático de perfección para varias generaciones de juristas, nacido como fruto de una Revolución que exaltaba los derechos del hombre, no refleja en su texto una ajustada dis-

(47) JUAN PABLO II: "Misión de la Universidad: Defender la dignidad de la persona humana". Con este título se publicó en "L'Osservatore Romano" del 2 de Julio de 1989 su alocución en la Universidad de Upsala, Suecia, dirigida al Cuerpo Académico y a los estudiantes, reproducida en forma fragmentaria en El Derecho, Tomo 134, página 941.

(48) GONZALEZ PEREZ, Jesús: "La Dignidad de la persona" (Discurso leído el día 5 de mayo de 1986 en el acto de su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, página 51. Recordado por ZARRALUQUI, Luis, en obra citada, página 55, nota Nº 29.

(49) Artículo 4 de la propuesta de modificación del Código Civil del Perú): "El derecho a la vida, a la libertad, a la identidad, a la integridad sicosomática, a la salud, al honor y todos los demás que se deriven de la dignidad del ser humano son objeto de la más amplia tutela jurídica, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6."

ciplina de los derechos de la personalidad en general, ni de la dignidad de la persona, en particular. De él se ha dicho y con razón, que es el código de los bienes, antes que el de los derechos de la personalidad (50).

La gravitación doctrinaria del "Code Napoleón" , apreciado de una manera estática como monumento jurídico insuperable, y por consiguiente de carácter inmutable, despertó en los civilistas una actitud orientada más a la exégesis, que la creación (51).

Quizás, obedeciendo a esa razón, los códigos civiles que siguieron su huella, centraron su preocupación en las instituciones del Derecho patrimonial, asegurando la libre circulación de los bienes y afianzando el derecho de dominio en cabeza de su titular; en tanto que los derechos de la persona y su dignidad, así como las instituciones encargadas de su protección, aparecen casi siempre reguladas con insuficiencia, cuando no faltan por completo.

Desdibujada la preeminencia de concepción humanista dentro del ámbito de la Codificación Civil, afirma con razón DIEZ-PICAZO, "la persona, su estado y su esfera jurídica desaparecen del sistema".

Deja de existir un Derecho de la persona, para quedar ésta convertida en un puro valor instrumental: el de sujeto de una relación jurídica, casi siempre de carácter patrimonial" (52).

XII. MISION ACTUAL DEL DERECHO CIVIL.

El Derecho civil, recobrando con fidelidad su misión tuitiva de los valores humanos, deberá reasumir, sin tardanza, la más eficaz protección de

---

(50) Entre las críticas más acerba, recordamos por su justedad: "Resulta severo llamar al Código de Napoleón el Código de los ricos; pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitarle el reproche de no ser más que el Código de los bienes".
Sobre este tema véase también: DIEZ DIAZ, Joaquín: "Los derechos físicos de la personalidad - Derecho Somático", Ediciones Santillana, Madrid, 1963, página 43. Con agudeza señala: "Lo cierto es que los textos civiles aparecen más como un **derecho del patrimonio** que como un **derecho de las personas**, no siendo de extrañar que los privatistas del siglo XIX apenas se asomaran al problema de la protección de la persona, cuya competencia se relegaba al ámbito del Derecho Natural o de la Filosofía". En el mismo sentido se pronuncia CASTAN TOBEÑAS, José: obra y lugar citados, página 29.

(51) Resulta ilustrativo recordar que en la alborada del mundo contemporáneo, la célebre escuela francesa de la exégesis en el Derecho Civil proclamaba por boca de BOUGNET: "Je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le Code Napoleón".

(52) DIEZ-PICAZO, Luis: "El sentido histórico del Derecho Civil", (separata) de la publicación de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Keus, Madrid, Noviembre de 1959, páginas 51 y siguientes. Concluye el pensamiento del ilustre jurista español: El poder de la persona sobre su propia esfera jurídica (nombre, honor, buena fama, vida, integridad, pensamiento, etc.) están ausentes del Derecho Civil... Al Derecho civil se le ha privado así de lo más sustancial que tenía. Pues si su función y su finalidad no es otra que la defensa de la persona y de sus fines, ésta como primera realidad jurídica, habría de ser el centro del sistema."

la persona individualmente considerada, frente a las amenazas que -como hemos reseñado- gravitan sobre ella en la realidad actual, provenientes del imperio de los intereses patrimoniales y del racionalismo cientificista de la modernidad, especialmente traducidos en el incesante avance tecnológico logrados en el área de las ciencias biogenéticas (53).

En consecuencia, los desafíos actuales exigen un revalorizante retorno a la dignidad de la persona, encaminando dentro de una perspectiva humanista que privilegie su **centralidad** como destinatario exclusivo e insustituible del Derecho, relegando el patrimonio (que es un precio y no es una dignidad) a su secundaria función de servir de instrumento del sujeto de derecho para el desenvolvimiento de su personalidad. Dentro de esa perspectiva, el Derecho Civil de hoy, en los umbrales del Tercer Milenio, requiere de los juristas no una simple labor de exégesis -desentendida de la dimensión temporal- como acontecía antaño, sino una tarea imaginativa, antes bien creadora, apta para dar soluciones acordes con las exigencias de la época, en vista del valor del hombre como persona, y en orden a su adecuada protección (54).

En este anhelo del Derecho por encontrar su auténtico sentido, volviendo sus miras hacia su único posible protagonista: el hombre, se hacen necesarias nuevas clarificaciones sobre los desarrollos científicos que venimos de analizar.

De este modo, el reconocimiento primero, y la exaltación después, de la inviolabilidad de la persona humana, concebida ésta como un fin en sí misma, y la primacía del Hombre sobre el mundo de los bienes patrimoniales, privilegiando el "**utilitas hominum**" sobre el "**utilitas singulorum**" constituyen, en la hora actual, anhelada meta, tanto en el derecho público como en derecho privado, -y dentro de éste- especialmente en el Derecho Civil, que por su naturaleza, acompaña estrechamente al ser humano, desde antes de su concepción hasta después de su muerte (55).

En este orden de ideas, las nuevas construcciones legislativas, rectifi-

---

(53) DIEZ-PICAZO, Luis: obra citada, Capítulo VII, página 60, "En cuanto al quehacer actual del Derecho Civil frente al excesivo auge de los valores económicos y patrimoniales afirma el autor debe el Derecho civil recoger la totalidad de los fines de la persona y agrupar debidamente jerarquizadas las instituciones que los realicen".

(54) En esa perspectiva se inscribe el pensamiento de QUINTANO RIPOLLES, al destacar que "el renacer unánime de los valores de la persona humana en sus diversas dimensiones parece ser el común denominador del pensar y del sentir filosófico de nuestro tiempo, de tal modo que el **humanismo** puede valer como postulado filosófico clave de nuestra época", recordado por DIEZ DIAZ, Joaquín, obra citada, página 25.

(55) CASTAN TOBEÑAS, con el fin enfatizar la importancia en la discriminación de los valores jurídicos, especialmente en lo que respecta a su rango o jerarquía, reproduce el pensamiento de Lino RODRIGUEZ-ARIAS, "Si el Derecho es para el hombre, el valor humano debe ser el primer concepto a considerar por éste, y como consecuencia, en la escala de valores, ha de conceder privilegio al **valor humano** sobre el **valor patrimonial**". Obra citada, página 17, texto y nota Nº 3.

cando en alguna medida su antigua orientación, evidencian en los últimos años, una mayor preocupación por los derechos de la personalidad o derechos personalísimos, atendiendo a los principios de libertad, identidad, igualdad, solidaridad, etc., que se traduce en la tutela jurídica de la persona y de sus derechos subjetivos, relacionados con la vida, la integridad física, la honra, el nombre, la disposición del propio cuerpo, la imagen, los despojos mortales, la privacidad individual, la tranquilidad familiar, etc., algunos de ellos de reconocida raigambre en el constitucionalismo moderno.

XIII. EL CODIGO CIVIL DEL PERU.

El Código Civil del Perú, sancionado en 1984, constituye un fenómeno positivo a través del cual se manifiesta una reacción legislativa inspirada en la tendencia humanista-personalista, indicativa de la evolución del Derecho Civil orientada en una nueva filosofía que rescata a la persona humana y sus valores de la postergación en que fue sumida por las codificaciones civiles decimonónicas que -como venimos de explicar- privilegiaron los contenidos patrimoniales normativo, en olvido del único protagonista y destinatario del derecho, el Hombre.

En consecuencia, la persona humana asume la función de centro y término de las relaciones jurídicas, de eje insustituible del Derecho; retrotrayéndose al patrimonio a su carácter de instrumento de que se sirve aquélla para el desarrollo de su personalidad [(56)].

En definitiva, esta concepción integral de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, principio receptado en el constitucionalismo moderno, implica un auspicioso retorno a la concepción humanista y personalista del Derecho Civil.

XIV. MODIFICACIONES PROPUESTAS EN MATERIA GENETICA.

En consonancia con dicha concepción humanista y personalista, la Comisión que elaboró la propuesta de enmienda al Libro I de Derecho de las Personas del Código Civil Peruano, ha incorporado con lúcido criterio de

---

(56) FERNANDEZ SESAREGO, Carlos: "Derecho de las personas" Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano Lima, 1986.
Con profundidad de pensamiento y rigor científico, el distinguido jurista peruano, pone de relieve dentro de su conocida perspectiva humanista, la "centralidad de la persona humana", incorporando el denominado "daño a la persona", como concepto más amplio que el tradicional "daño moral", por cuanto comprende toda afectación de la persona como consecuencia de la violación de alguno de sus derechos: su intimidad, su honor, su prestigio, su proyecto existencial, etc..
Del mismo autor véase sus importantes aportes doctrinarios contenidos en sus prestigiosas obras: "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", Universidad de Lima, 1990 y "Protección jurídica de la persona", Universidad de Lima, 1992.

modernidad diversas previsiones destinadas a brindar adecuada protección jurídica a la vida humana naciente, a partir del instante mismo de la concepción, tratando de impedir que el uso de las prácticas biomédicas, alejadas de su verdadera finalidad, atenten no solamente contra la dignidad del ser humano, sino que puedan llegar a lesionar la propia integridad de nuestra especie.

Luego de establecer enfáticamente en el Artículo Primero que la vida humana comienza con la concepción, **brindando con ello plena protección jurídica al concebido,** dedica distintos preceptos para sistematizar los principios rectores en materia relacionada con la intervención genética y las técnicas de reproducción humana biomedicalmente asistida.

Con elevado respeto por la vida humana y dignidad del nasciturus establece el

Artículo 5:

"Nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.

Se prohiben las prácticas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona con la finalidad de alterar su genotipo, salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

Igualmente, están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos".

Con acertado criterio la Comisión entiende que el Código Civil debe contener, dada la especificidad de la materia y la importancia de su aplicación y consecuencias, principios o normas generales que protejan al ser humano frente al uso o prácticas biomédicas que tiendan al empleo de técnicas eugenésicas tendentes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales, todo lo cual significa un atentado contra la esencia, integridad e individualidad del ser humano.

El precepto propuesto por la Comisión de Enmiendas importa la más alta y adecuada protección jurídica del genoma humano, y por vía de implicancias, la protección alcanza al patrimonio genético de la humanidad, al declararlo inmodificable e inviolable, salvo razones de orden estrictamente patológico y con comprobados fines terapéuticos, tendentes a la eliminación de enfermedades o afecciones de gravedad.

Con idéntico criterio de tuición, establece en el primer párrafo del artículo 5 la **prohibición de atentar contra la integridad de la especie humana.** La normativa proyectada contempla las prácticas de esterilización humana voluntaria no terapéutica, así como la esterilización coactiva o forzosa que igualmente atentan contra la especie humana, al provocar un estado de infertilidad permanente, en el supuesto que la practicada sea de tipo orgánico y no solamente funcional.

Se advierte también que el último párrafo del artículo en examen prohibe la cesión, manipulación y destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos.

Sabia disposición que intenta evitar la manipulación concerniente al tráfico de embriones y fetos humanos, como material de descarte de la ingeniería genética.

En el **art. 5 bis** se establ**e** que:

"El cuerpo humano, los órganos, tejidos, células y productos del mismo no pueden ser objeto de derechos patrimoniales.

Los órganos, tejidos, células, genoma y productos del cuerpo humano no pueden ser, en cuanto tales, objeto de patentes".

La determinación normativa tiende a impedir que el cuerpo humano sea objeto de derecho patrimonial o que sus órganos se conviertan en bienes que circulen en el tráfico, con el consiguiente peligro que representa la cosificación de la persona y el destino lucrativo de su cuerpo o de sus piezas anatómicas.

Inspirado en los mismos principios el art. 5 ter establece que:

"Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación o contrarios a la dignidad del ser humano.

Los acuerdos de procreación o de gestación por cuenta de otro son nulos.

Las técnicas de reproducción humana asistida son reguladas por la ley de la materia".

XV. OPINION CONCLUSIVA:

Las normas propuestas por la Comisión de Enmienda responden a los principios éticos fundantes de nuestra cultura en orden a la conceptualización de la dignidad del hombre y de su proyección moral en el ordenamiento jurídico, considerándolo y respetándolo como un fin en sí mismo, desde el momento de su concepción y hasta su muerte natural.

La elevada conciencia moral que inspira su texto y la técnica legislativa empleada en su formulación, convocan a expresar nuestra formal e irrestricta adhesión a la normativa propuesta en los artículos examinados, cuya aprobación legislativa ubicará al Código Civil Peruano entre los ordenamientos civiles más avanzados del mundo en la materia que nos ocupa.

Concluímos esta ponencia haciendo llegar nuestras cordiales felicitaciones a los señores Miembros de la Comisión encargada de la Enmienda que nos ocupa.

MODERNAS CUESTIONES BIOTECNOLOGICAS Y FLEXIBILIDAD DEL CODIGO CIVIL PERUANO

Graciela Medina
Argentina

I.- INTRODUCCION
II.- LA BIOTECNOLOGIA
  1.- Etimología.
  2.- Orígenes y desarrollo.
  3.- Concepto.
  4.- Objetivos.
III.- GENOMA HUMANO
  1.- Concepto.
  2.- Proyecto Genoma Humano.
  3.- Finalidades y objetivos.
IV.- CUESTIONES JURIDICAS QUE SUSCITA LA BIOTECNOLOGIA Y EL GENOMA HUMANO
  1.- Límites a las técnica de terapias génicas
    a.- La problemática.
    b.- Las soluciones internacionales.
    c.- Rama del derecho.
    d.- Insuficiencia de las soluciones dadas por el Código Peruano.
    e.- Proyecto de reforma del Código Civil Peruano.
  2.- La problemática de las técnicas preimplantatorias y de las técnicas de diagnóstico prenatal.
    a.- La problemática.
    b.- La situación argentina.
    c.- El derecho francés.
    d.- El derecho Peruano.
  3.- Derechos comprometidos por los exámenes genéticos.
    a.- Derecho a la intimidad.
    b.- Derecho a trabajar.
    c.- Derecho al seguro.
    d.- Derecho a la vida.
    e.- Derecho a la dignidad.
V.- PATENTABILIDAD DEL GENOMA HUMANO.

I.- INTRODUCCION

La expansión de la moderna biotecnología, particularmente en agricultura y en salud, ha significado uno de los cambios cualitativos más significativos de este fin de siglo. (1)

Es imposible ignorar que a través de la biotecnología se puede vencer a enemigos mortales de la humanidad como el hambre, la superpoblación y la contaminación y también por su intermedio se puede luchar contra enfermedades incurables, remediar problemas de fertilidad y determinar la filiación.

Es innegable también que la industria biogenética es un motor económico y productivo importantísimo, que todos los países deben propender a desarrollar.

Al evolucionar le plantea al Derecho en general y al derecho privado en particular una innumerable cantidad de problemas. Los primeros en advertirse fueron aquellos relacionados a las técnicas de reproducción humana asistida, los que acucian en la actualidad son los relativos al genoma humano. Estos problemas no pudieron ser previstos por el legislador peruano en el año 1984 cuando se sancionó el Código Civil, porque muchos de ellos fueron posteriores a su entrada en vigencia.

Por ejemplo, es recién en 1984 cuando se comienzan a congelar embriones, por lo tanto mal podía el ordenamiento peruano preveer tal situación.

Lo que trataremos de analizar en el presente es qué soluciones brinda el Código Civil peruano a los modernos problemas que la biogenética le presenta, no a través de una norma específica, de la que carece, sino de los principios que lo inspiran, y en su caso la necesidad o no de su reforma.

Para ellos nos proponemos abordar nuestro estudio desde una DOBLE perspectiva.

INTRODUCCION Y CONCEPTUALIZACION

LA BIOGENETICA EN GENERAL EL GENOMA HUMANO

Planteamiento de Cuestiones Jurídicas

1.- Límites a las técnicas de terapias génicas.
2.- Problemática de las técnicas preimplantatorias y de las técnicas de diagnóstico prenatal.

(1) DELPIAZZO, Carlos E. "Innovación biotecnológica y propiedad intelectual" (Montevideo, 1991) págs. 13 y 14.

3.- Derechos comprometidos por los exámenes genéticos.
4.- El patentamiento.

II.- LA BIOTECNOLOGIA

1.- Etimología

Si bien el término biogenética parece indicar la última revolución científica producida por el hombre, y su sonido nos hace pensar en post-modernidad y futuro, lo cierto es que su raíz es tan vieja como la raíz de nuestra lengua, como así también es ancestral esta tecnología.

"BIOS" en griego significa "vida" *consiste en el uso de organismos vivos para crear o modificar o producir en ellos o a través de ellos cambios orgánicos* [(2)].

2.- Orígenes y desarrollo de la biotecnología.

Su origen no es nuevo ya se conocía 6000 años antes de Cristo cuando se empleaban procesos de fermentación para fabricar cervezas, y vino. Y 4000 años antes de Cristo los pueblos de la antigüedad utilizaban las bacterias para la conservación de la leche o la fabricación del queso, y en igual fecha los egipcios realizaban la fermentación del pan.

Pero lo cierto es que la posibilidad del hombre de producir cambios orgánicos fue durante siglos muy limitada, tan limitada como ilimitada aparece en la actualidad, lo que nos permite hablar de una "nueva biotecnología".

Existe una diferencia fundamental entre las formas tradicionales que utilizaban para realizar la modificación artificial de los organismos, y de los microorganismos (ej. de la cerveza) y las maneras actuales de realizar transformaciones del material hereditario de dichos organismos.

La diferencia fundamental entre las antiguas tecnologías y las actuales radica en la posibilidad de **manipular el material hereditario y de sobrepasar las barreras biológicas preexistentes.**

Desde antiguo existió la mejora de las plantas mediante la selección o el entrecruzamiento, o la mejora de las razas de animales mediante el entrecruzamiento y la selección, o la bioconversión del alcohol en ácido acético para la preparación del vinagre. Pero de allí a las técnicas de clonado, o de fusión celular o de reproducción "in vitro" hay un abismo de diferencia.

En orden a establecer el origen de este gran desarrollo, de la nueva

(2) STRAUS, Joseph, "la protección de las invenciones biotecnológicas por la propiedad industrial, Análisis de ciertas custiones básicas" Revista del Derecho Industrial, año 8, pág. 348.

biogenética, quizás pueda ubicarse el punto más lejano en la obra de Mendel en 1866; o en el descubrimiento de Pasteur en la segunda mitad del siglo XIX de que los agentes responsables de las fermentaciones son células vivas o; en el descubrimiento del cromosoma a principios de este siglo [3].

Pero el antecedente más inmediato se encuentra en el descubrimiento hecho en 1944 por Avery y sus colegas del Instituto Rockefeller para la investigación Médica (ahora Universidad de Rockefeller) relativo a que los genes que se encuentran en los cromosomas están compuestos de ácido desoxirribonucleico.

No obstante la trascendencia de los descubrimientos antes señalados, sin lugar a duda el hito fundamental del avance de la ingeniería genética en la segunda mitad del siglo XX, lo ubicamos en el conocimiento de la estructura del ADN, a partir de las publicaciones de Watson y Crick en 1953.

Después del descubrimiento del ADN los avances consistieron en los métodos de su utilización, y en el desarrollo del ADN recombinante, así en 1972 se informó a la comunidad científica de los primeros experimentos de "clonado" que es el procedimiento que permite obtener un gran número de copias de cualquier molécula de ADN seleccionada inyectándola en una bacteria receptora [4].

Finalmente surgieron las técnicas del ADN recombinante que consisten en la utilización de trozos de ADN, y su inserción en una célula huésped [5].

En definitiva la biotecnología en sus manifestaciones modernas da lugar a organismos modificados genéticamente "de una manera que no acaece en el apareamiento y la recomposición natural" [6].

3.- Concepto [7]

Resulta difícil dar una definición definitiva de la biotecnología dado su continuo avance. En el estado actual de la ciencia nos parece como más

---

(3) El descubrimiento fue realizado por Captan en 1904, los cromosomas son unidades hereditarias duplicadas, la mitad de cada tira procedente del padre y la otra de la madre. El hombre cuenta con 23 pares.

(4) DULBECCO, "Introducción a la biotecnología", Barcelona 1984, pág. 85.

(5) WATSON Y OTROS, "ADN" recombinante, Barcelona 1989, pág .65.

(6) MATEO, Martín, "El hombre una especie en peligro", Alicante 1993.

(7) Es difícil dar un concepto de una disciplina que se encuentra en continua evolución y cuyos avances a los pocos años aparecen como primitivos. No obstante lo cual, vamos a tratar de enunciar algunas de las definiciones dadas, lo que consideramos de utilidad máxima para poder perfilar lo que hoy en día se ha dado en llamar "IUSGENETICA".
Se ha dicho que la "biotenología es la aplicación de la ciencia y la ingeniería al tratamiento de materiales por agentes biológicos para la producción de bienes y servicios". (DELGADO DE MIGUEL, "Derecho Agrario y ambiental, propiedad y ecología" Pamplona 1992, pág.283)

completa aquella definición que conceptualiza la biotecnología como "las tecnologías que utilizan o que causan cambios orgánicos en animales, plantas, microorganismos y cualquier otro material biológico, así como cambios en material biológico en material inorgánico por medios biológicos".

4.- Objetivos

A esta altura del desarrollo de nuestro estudio cuadra preguntarse para que sirve concretamente la biotecnología. O mejor dicho para qué le sirve al hombre el conocer que los genes están compuestos de ácido desoxirribonucleico?, o en qué puede influir en el hombre común las técnicas de clonado?, y en qué afecta al destino de la humanidad el ADN recombinante?

La biotecnología viene a cubrir un vacío importante dejado por el desarrollo industrial, que originariamente despreció a la ganadería y la agricultura como en general a toda la biología. Pero hoy en día cuando los principales males de la humanidad son el hambre, la contaminación y la superpoblación; la ingeniería genética es una de las mayores esperanzas de la no desaparición del hombre. Concretamente sirve para:

a.- Potenciación de los recursos naturales.
b.- La mejora de los sistemas ambientales.
c.- La cura de enfermedades incurables.

Dentro de los desafíos actuales de la biotecnología nos encontramos con la necesidad de conocer el "genoma humano".

III. GENOMA HUMANO

1.- Concepto

El genoma [8] es la serie de cromosomas de base de un organismo, es

---

Ramón MATEO afirma que la biotecnología es "un conjunto de técnicas que permiten lograr cambios concretos, introducidos por el hombre en el ácido desoxirribonucleico, ADN, es decir, en el material genético de las plantas, animales y demás seres vivos, para conseguir productos y tecnologías útiles. Ramón Martin MATEO "El hombre una especie en peligro" España 1993, pág. 27.
La Oficina de Evaluación de la Tecnología del Congreso de los Estados Unidos de América definió a las biotecnologías como "el conjunto de los procedimientos industriales quo comprendan la utilización de sistemas biológicos". (cit. por STRAUS, Joseph, "la protección de las invenciones biotecnológicas por la propiedad industrial, Análisis de ciertas cuestiones básicas" Revista del Derecho Industrial, año 8, pág. 348).

(8) BERNARDI, Giorgi "El proyecto genoma humano: en defensa de la Ciencia básica" en Proyecto Genoma Humano Etica 2, Bilbao, pág. 225. Dice que la palabra "Genoma" fue creado en 1920 por WINKLER e implica un sistema integrado, estructural, funcional y evolutivo que obedece a reglas concretas que constituyen un código genómico".

decir, la suma y el total de sus genes [9]. Es "El material genético total presente en una célula o en un organismo" [10].

Hay que tener en cuenta que el total de los genes del hombre oscilan entre los 50.000 y los 100.000, y van incluídos en los 2 billones de células que tiene el cuerpo humano [11] y que un gen tiene entre 10.000 y 2 millones de pares de bases [12].

2.- Proyecto Genoma Humano.

El propósito del proyecto genoma humano es el de conocer precisamente la totalidad de los genes del organismo humano, lo que implica la identificación de aproximadamente 2 o tres millones de pares de bases.

Señala la doctora Kemelmajer de Carlucci que el Proyecto Genoma Humano "tiene por objetivo la descripción de un libro biológico del ser humano, dicho de otro modo, la construcción de un mapa genético humano completo .... Los detalles de esta estructura se lograrán mediante la secuenciación, operación que se está realizando a través de este proyecto" [13].

Este proyecto se originó en la Universidad de California, Santa Cruz en el año 1985 y posteriormente fue promocionado por Instituto nacional de Sanidad y el Ministro de Energía de los Estados Unidos. Y fue seguida por otros países entre los que se cuenta Francia, Italia, Alemania, Japón y Rusia [14].

3.- Finalidades - objetivos.

Así como con respecto a la ingeniería genética nos preguntábamos cuáles iban a ser las ventajas que ella les brindará al ser humano, tam-

---

(9) STRAUS, Joseph, "la protección de las invenciones biotecnológicas por la propiedad industrial, Análisis de ciertas cuestiones básicas" Revista del Derecho Industrial, año 8, p 348.

(10) GRISOLIA, Santiago, "Proyecto Genoma Humano: conceptos y estrategias" Revista de Occidente 142, marzo 1993, pág. 21.

(11) RAMON MARTIN, Mateo, "El hombre una especie en peligro", España 1993, pág. 27.

(12) Las bases son los componentes químicos del ADN, es decir, las pirimidinas, timina y citosina y las purinas, guaninas, y adenina, que se encuentran contrapuestas de tal forma que siempre que haya una timina tendremos una adedina opuesta y siempre que haya una guanina, en la cadena contraria habrá una citosina.

(13) KEMELMAJER DE CARLÚCCI, Aida, "Aspectos jurídicos del Proyecto genoma humano" ED 2 de Agosto de 1993.

(14) La expectativa mundial que el tema ha generado ha dado lugar a que se realicen tres congresos Interdisciplinarios e internacionales sobre el tema. El primero fue celebrado en Valencia en el año 1988, y se llamó "I Seminario sobre cooperación internacional para el proyecto genoma humano", también en Valencia tuvo lugar el "II Seminario sobre cooperación internacional para el proyecto genoma humano: ética". Y en mayo de 1993 se celebró en Bilbao, España "La reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano".

bién con el proyecto del "Genoma Humano" nos hacemos la misma pregunta. Cuál es el interés que el Proyecto concita que lleva a que los países hagan inversiones tan millonarias en su realización?. Piénsese que en los Estados Unidos el programa llamado "*Mapping an Sequencing the Human Genome*" ha recibido un aporte estatal de 200 millones de dólares, y que en Francia se han dedicado a tal fin 50 millones de francos [(15)].

A través del conocimiento del genoma humano se espera:

a) Lograr la cura de enfermedades aún incurables, como el SIDA, el Cáncer, la Hepatitis B. etc.. Ello seria dentro de una medicina tradicional que busca paliar los efectos, una vez que las causas han producido el mal. Pero la parte más importante del conocimiento del Genoma humano va a estar dado en la medicina preventiva, es decir, antes de la aparición de la enfermedad tal cual la conocemos en la actualidad.

b) Mediante el conocimiento de la composición del genoma se podrán realizar estudios genéticos mucho más completos a los que se realizan en la actualidad, en los cuales se pueden determinar muy pocas de las enfermedades genéticas. Como la enfermedad de Huntigton [(16)].

c) También se podrán determinar predisposiciones, como la predisposición a la diabetis o a determinadas especies de cáncer.

IV. CUESTIONES JURIDICAS QUE SUSCITA LA BIOTECNOLOGIA Y EN ESPECIAL EL GENOMA HUMANO.

Incontables son las respuesta que la ingeniería genética demanda a los juristas sobre todo en lo que hace al genoma humano.

En nuestro país la investigación se ha limitado prácticamente a la cuestión de las técnicas de reproducción humana asistida y hacia ella han tendido los numerosos estudios sobre el tema [(17)].

Pero hoy la problemática es más amplia de acuerdo a los derechos que ésta conculca o puede conculcar. Como excedería el límite de este trabajo el tratamiento integral de todos los problemas nos limitamos a dejar plan-

(15) GALLOUX, Jean -Christophe "Ethique et brevet, ou Le Syndrome bioéthique" Recueil Dalloz Sirey 1993, 12, Cahier -chronique, punto 6.

(16) Esta enfermedad produce la muerte de las personas en la cuarentena con grandes dolores, y su descubrimiento a nivel genético se debe a Nancy WEXLER cuya madre murió de esa enfermedad. Citado por GRISOLIA, Santiago Proyecto Genoma Humano: conceptos y estrategias" en Revista de Occidente 142, marzo 1993, pág. 31.

(17) ABRISQUETA, José Antonio y ALLER, Vitalino, "Directrices éticas de la manipulación genética" en Fundamentación de la bioética y Manipulación genética" Publicaciones de la Universidad Pontificia - Comillas 1988- - ANDORNO, Luis O. "El derecho Frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana" ZEUS 7 de junio de 1985. - ANDORNO, Luis O. "Fecundación in vitro y valor de la vida humana "ED 24 de octubre de

teado algunos interrogantes que se surgen frente a los diversos derechos en juego.

1.- Límites a las técnicas de terapias génicas.

a. La problemática

Hoy en día los instrumentos de ingeniería genética pueden utilizarse para diagnosticar en los genes enfermedades genéticas, directa o indirectamente, en cualquier estado de desarrollo de un ser humano, desde el momento de su concepción. Por consiguiente, puede aplicarse las técnicas de ingeniería genética a manipulaciones del genoma humano para obtener una modificación duradera de este último.

En lo relativo a la especie humana, el objetivo de estas manipulaciones sería ante todo corregir puntualmente una anomalía genética, introduciendo un gen normal que sustituya en la medida de lo posible, el gen defectuoso correspondiente.

La terapia génica se puede dividir en "terapia génica somática" que modifica genes enfermos y "terapia génica germinal" que modifica óvulos o esperma.

Si nosotros modificamos los genes reproductores podemos obtener hombres de determinado sexo, o de determinada altura, o de determinada raza, o determinada fuerza y nivel intelectual, por ejemplo: bajo nivel intelectual y mucha fuerza para trabajar de esclavos y que no se rebelen.

En definitiva tenemos en el futuro TRES alternativas claramente diferentes o dejar librado a las leyes de la herencia el desarrollo de la humanidad como ha venido siendo desde el origen del hombre hasta nuestros días o tratar de modificarlo, con el riesgo de crear un desequilibrio

---

1986.- ANDORNO, Roberto L. "El derecho a la vida: Cuándo comienza? (a propósito de la fecundación in vitro). -ARSON de GLINBERG, Gloria Hilda "La libertad de procreación" JA Dic. 20 de 1989 Nº 5651. - Conclusiones de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, LL jueves 14 de setiembre de 1989.- Conclusiones de las Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón, 1989.- COSSARI Nelson G. "El Embrión y la Probeta" Su derecho a la personalidad y la protección de su vida. ZEUS 20 de setiembre de 1985.- DI CIO, Alberto A, "La inseminación artificial y el derecho de familia" Bs.As. Ed. de Belgrano, 1984. - GARCIA DE HARO "Amor y sexualidad: Fundamentos éticos y antropológicos de la procreación humana" ED 12 de Enero de 1989. - HOOFT, Pedro Federico "Los Derechos Humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: La protección de la vida humana naciente"; ED lunes 10 de Agosto de 1987.- HOOFT, Pedro Federico"Bioética y derecho" ED 20 de junio de 1989. - MASSINI CORREAS, Carlos I "Tecnociencia, eticidad y fecundación "in vitro"" Sapientia, 1989, Vol., XLIV. MEDINA. Graciela "Comercialización de óvulos y espermas y personalidad del embrión" JA diciembre 6 de 1989. - MEDINA, Graciela y ERADES Graciela "Maternidad por otro y alquiler de úteros" JA abril 18 de 1990.- MEDINA, Graciela "Sobre la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión humano" en Libro de homenaje a la Dra. María Josefa MENDEZ COSTA.- MEDINA, Graciela "Notas de derecho Argentino" a la traducción de Rivera, Julio César a DOCUMENTS SUR L'EMBRION HUMAIN ET LA PROCRÉATION MÉDICALIMENT ASISTEE.

mundial. O un término medio que es no dejar librado a las leyes de la herencia la transferencia de enfermedades hereditarias graves y excluir totalmente la posibilidad de modificar los caracteres físicos generales (como la estatura o el sexo) y los caracteres síquicos (como el comportamiento).

Se advierte claramente cuan inmensos son los riesgos que produce la terapia germinal, que puede dar lugar a la creación de mutantes, o de meras quimeras humanas, verdaderas aberraciones genéticas como las que ya se han dado en el mundo animal.

b. Las soluciones internacionales.

Los límites a la utilización de estas técnicas constituyen uno de los problemas más graves con los que se enfrentan el quehacer ético-jurídico. Las respuestas de organismos internacionales y nacionales han sido diferentes.

La Directiva del Consejo de Europa relativo a: "La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas" del 16 de diciembre de 1992, habla sobre su peligrosidad y su estado experimental. En la Resolución no se establece una clara prohibición aunque ésta puede inferirse del art. 2do. apartado B cuando establece que no serán patentables en particular: "Los procedimientos de modificación de la identidad genética del cuerpo humano con fines no terapéuticos y contrarios a la dignidad de la persona humana" (18).

En el Congreso de Valencia celebrado en 1990 se expresó "Estamos de acuerdo que la terapia génica de las células somáticas puede ser utilizado para el tratamiento de enfermedades humanas específicas. La terapia génica de la línea germinal afronta numerosos obstáculos y no ofrece un consenso ético general. Nosotros apoyamos un mayor debate sobre las cuestiones técnicas, médicas y sociales de este tema" (19).

Y en el Congreso de Bilbao se recomendó "Moratoria: hasta que lo permitan los avances científicos y dado que no conocemos las funciones exactas de un solo gen, es prudente establecer una moratoria en el uso de células germinales genéticamente modificadas" (20).

Las conclusiones más claras a nuestro juicio son las dadas por el "Comité consultatif national d'etique pour las scienses de la vie et de la san-

(18) Art 2, inc 3, apartado C de la Directiva del Consejo de Europa relativo a: "La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas" del 16 de diciembre de 1992.

(19) *DECLARACION DEL SEMINARIO SOBRE COOPERACION INTERNACIONAL PARA EL PROYECTO GENOMA HUMANO*. Celebrado en Valencia en 1990, punto Nº 8, publicado en Revista de Occidente Nº 142, marzo de 1993, pág. 33.

(20) Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa en "Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano" ED del 2 de agosto de 1993.

té" en 1990 [21] que señaló que:

1. Es necesario excluir formalmente toda tentativa de terapia génica germinal.
2. Solamente se puede permitir la corrección de un defecto genético específico en una patología muy grave del sujeto y excluir formalmente toda modificación de caracteres genéticos generales físicos (como la estatura) o síquica (como el comportamiento).
3. Dentro de esos límites, la eventual aplicación de una terapia genética de células somáticas dentro de un sujeto enfermo no es fundamentalmente diferente del trasplante de órganos, de médula en particular. Los trasplantes de médula en los casos de niños "thalasemiques" son claros ejemplos al respecto.

Y la más moderna de las legislaciones al respecto es la legislación francesa. La ley Nº 653 del 29 de julio de 1994 que se encuentra en vigencia desde el 30 de julio de 1994.

> Que en su art. 16 inc. 4to señala que: "No se puede atentar contra la integridad de la especie humana.
>
> Toda practica eugenésica tendiente a la organización de la selección de las personas está prohibida.
>
> Sin perjuicio de la investigación tendiente a la prevención y al tratamiento de las enfermedades genéticas, ninguna transformación puede ser realizada a los caracteres genéticos tendiente a modificar la descendencia de la persona".

c. Rama del Derecho.

Admitimos que en principio se deben permitir la terapia genética en células somáticas y no en células germinales. Y que, por lo tanto, se deben limitar estas técnicas, para lo cual debemos determinar cuál es la rama del derecho destinada a poner ese límite.

Cabe preguntarse si es una cuestión de derecho privado, o del derecho industrial o del derecho de patente. Y en su caso es o no una norma de orden público. Por otra parte es necesario aclarar cuál es el derecho tutelado o el interés de quien se está protegiendo.

Entendemos que el Derecho Civil es "la rama del derecho privado que se ocupa del hombre como sujeto del derecho sin distinción de calidades accidentales, y de las relaciones jurídicas patrimoniales y familiares que

---

(21) ETHIQUE et RECHERCHE BIOMEDICALE rapport 1990 - París 1991 pág. 37. El comité fue creado en 1983 por el presidente de Francia, mediante decreto Nº 83132 del 23 de febrero de 1983.

lo tienen como sujeto, regulando las instituciones básicas y sirviendo como tanto como punto de conexión de las demás ramas del derecho privado" (22).

Por lo tanto, es al Derecho Civil al que le corresponde establecer los límites a este tipo de técnicas puesto que su función es ocuparse del ser humano como tal y es la esencia del ser humano la comprometida. La normativa sin lugar a duda debe ser de orden público.

Nuestra respuesta está respaldada en el Derecho Internacional por el Código Civil Francés ya que la ley 653/94 -que limita las terapias génicasha sido incorporada en el código galo en el Título Primero, Capítulo Segundo; específicamente en el art. 16 inc. 9 se establece que las disposiciones del capítulo son de orden público.

Creemos que no es una cuestión atinente a una persona en particular, sino a toda la humanidad que puede verse afectada por la destrucción de una raza en particular o por la desaparición de la especie humana al menos como es hoy conocida.

Lo antedicho no importa que sea exclusivamente el Derecho Civil quien deba ocuparse de la solución del problema, resulta imprescindible que el Derecho Penal también lo haga, como así también el industrial.

Por ejemplo, el ordenamiento francés se ha penado con 20 años de reclusión el hecho de realizar una práctica eugenésica tendiente a la selección de personas.

d. Insuficiencia de las soluciones dadas por el Código Peruano.

El Código Civil peruano en su actual redacción es ineficaz para dar respuesta a la problemática planteada, al menos en forma directa, aunque podría extraerse la solución del art. 6 que señala que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando... sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

e. Proyecto de reforma del Código Civil Peruano

El proyecto de reforma del Código Civil peruano es a nuestro juicio acertado en la solución que propone y de sancionarse sería conteste con la más moderna legislación del sistema continental, cual es la francesa.

El art. 5 proyectado señala que nadie debe atentar contra la integridad de la especie humana.

Se prohiben las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.

---

(22) RIVERA, Julio César "Instituciones de Derecho Civil - parte General "T I, pág.89.

Ninguna modificación puede producirse al genoma o a las células humanas de una persona, son la finalidad de alterar su genotipo, salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

2.- La problemática de las técnicas preimplantatorias y de las técnicas de diagnóstico prenatal.

a. La problemática

La técnica de detección de enfermedades prenatales que más ha sido utilizada es la amniosentesis que se realiza a las 18 semanas de embarazo aproximadamente, aunque en la actualidad existen técnicas de diagnóstico prenatal más moderna que se practican aproximadamente a las 12 semanas de embarazo, entre las que se encuentra la biopsia de bellosidades coriónicas que permite determinar la existencia de aproximadamente 200 enfermedades genéticas, algunas de ellas graves como el síndrome de down o la enfermedad de Huntington. Por otra parte estas técnicas permiten conocer el sexo del niño por nacer.

En general la detección de tales enfermedades lleva al aborto, con el grave problema para aquellas legislaciones que lo prohiben.

Por otra parte en aquellos países en los que la medicina está socializada se plantea el problema de la gratuidad de dicho examen, así como también el de su obligatoriedad, o la obligatoriedad del aborto en caso de determinados resultados que podrían llevar a que el estado deba cargar con el pesado costo de la salud de quien tiene una tara genética [(23)].

Por otra parte el conocimiento del sexo puede producir el aborto en razón del sexo sobre todo en países donde la condición de la mujer no es bien mirada lo que en definitiva produciría un desequilibrio del género humano [(24)].

Además de las técnicas de detección de enfermedades prenatales (conocidas internacionalmente como DPN) existen las técnicas de diagnóstico preimplantatoria (DPI), es decir, las realizadas sobre el feto no implantado para determinar sus características e implantar sólo el mejor, o el de las características buscadas.

La utilización de estas técnicas ha sido un tema de gran polémica sobre todo en Francia. Esta técnica favorece la manipulación por cuanto se puede utilizar aún en parejas fértiles que puedan concebir pero que realizan la FIVET para poder realizar el DPI, y evitar realizar el DPA y el

(23) En general la doctrina se inclina por la gratuidad de tales estudios y por la no obligatoriedad del aborto entre ellos RAMON MARTIN MATEO "El hombre una especie en peligro", España 1993, pág .27.

(24) Sobre el tema resulta excelente la obra TESTART, Jacques "Le décir du gene" pág. 131.

posterior aborto por las consecuencias sicológicas que tiene el aborto, y para evitar una embarazo por 12 semanas. También presentaban riesgos de seguridad del embrión al hacerla cuando sólo tenía 8 células, porque una de ellas debe ser inutilizada, y además porque primitivamente eran inseguras [25].

Por otra parte el DPI favorece mucho más la elección del sexo que el DPN ya que, el primero se practica sobre varios embriones que son los que se realizan, y es más fácil que haya posibilidad de elegir el sexo, ya que de los varios embriones producidos puede haber varios varones y varias mujeres a elegir, con el consiguiente problema de desequilibrio del género humano por elección. Mientras que el DPN se practica sobre un solo embrión y no hay elección, es el sexo del que se encuentra o el aborto.

Consideramos que el acceso a la técnica en sí no se puede prohibir, lo que si resulta necesario de prohibir es el aborto o la selección embrionaria, por la discriminación del sexo lo contrario podría llevar a un desequilibrio de la humanidad.

b. La situación en la Argentina

El problema se presenta entonces en legislaciones como la nuestra en las cuales está prohibido el aborto, sin embargo, las prácticas de DPN están permitidas y son a cargo de la obra social a partir de una resolución del Ministerio de Salud Pública que se basó en una recomendación de la Cámara de Diputados, y el DPI no se encuentra prohibido.

No existe en nuestro país ninguna limitación para el acceso a ninguna de las dos técnicas, es decir, que libremente se pueden realizar ambas, cosa que no ocurre en otras legislaciones como la francesa.

c. El Derecho Francés.

Antes de la sanción de la ley 654 /94 existía una gran discusión sobre la permisibilidad de la utilización de estas técnicas sobre todo las de DPI.

La conclusión del "Comité de Consulta Nacional de Etica para las Ciencias de la Vida y de la Salud" de 1990 señaló que:

"El diagnóstico preimplantatorio debe ser excepcionalmente realizado sólo en las parejas infértiles que puedan beneficiarse de la fecundación in vitro.
Las restantes parejas con riesgos de concebir un hijo con problemas

(25) Los primeros en utilizarla fueron los ingleses. En el "Primer Congreso sobre Manipulación en reproducción Humana" realizado en Londres en 1990 el equipo británico de Handyside, reconoció que sobre cinco niñas que habían identificado con DPI un caso resultó varón, pero explicaron como anular el riesgo de error controlando cruzadamente el cromosoma X y el cromosoma Y.

genéticos pueden recurrir a las técnicas de diagnóstico prenatal que han demostrado ser confiables.
El diagnóstico preimplantatorio indiscriminado conlleva la desviación de la utilización de las técnicas de fecundación asistida y somete a las parejas fértiles al alea de ese método.

Las investigaciones sobre los embriones destinados a ser preimplantados comportan graves peligros de desviaciones para el patrimonio genético humano.

La ley Nº 99-654 del 29 de julio de 1994 relativa a: la utilización de elementos del cuerpo, la procreación asistida y al diagnóstico prenatal ha establecido en su artículo 12 que:

> La práctica del diagnóstico prenatal para detectar en el útero una enfermedad del embrión debe ser precedida a una consulta médica del "conseil genetique".
> Los análisis citogenéticos y biológicos de diagnóstico prenatal sólo pueden ser practicados dentro de las condiciones previstas por el Consejo de Estado y en los establecimientos de salud y laboratorios previamente autorizados. Donde debe funcionar un Centro de diagnóstico pluridisciplinario gratuitamente.

Mientras que en el art. 14 se prevé que el diagnóstico biológico preimplantatorio sólo está autorizado en condiciones excepcionales:
- Un médico que ejerza su actividad dentro de un centro de diagnóstico pluridisciplinario del art. 12 debe afirmar que la pareja por su situación familiar tiene una fuerte probabilidad de hacer nacer a un niño con una enfermedad genética de una particular gravedad reconocida como incurable al momento del diagnóstico:
- El diagnóstico no puede ser realizado sino se ha identificado en alguno de los miembros de la pareja la enfermedad o enfermedades que producirían la anormalidad genética antes dicha.
- Los dos miembros de la pareja deben dar su consentimiento informado por escrito.
- El diagnóstico no puede tener por objeto más que el determinar esa afección. Así los medios de prevenirla y de tratarla.
- El diagnóstico sólo puede ser realizado en centros especializados y autorizados controlados por la Comisión Nacional de Medicina y de Biología de la Reproducción y del Diagnóstico prenatal y dentro de las condiciones definidas por el Consejo de Estado.

En definitiva, en Francia sólo se puede hacer el DPN para detectar una enfermedad del embrión; no se puede hacer exclusivamente para conocer el sexo.

En la legislación francesa sólo se pueden hacer los diagnósticos preimplantatorios en las parejas infértiles porque las técnicas de reproducción

humana asistida sólo están permitidas realizarlas en caso de infertilidad probada.

Ello implica que en la legislación francesa no cabría el DPI en parejas con peligros de enfermedades genéticas que deberían recurrir a las técnicas comunes de diagnóstico prenatal.

En cambio en la legislación española se permite que las técnicas de fecundación asistida sean utilizadas en la prevención de enfermedades de tipo genético y hereditario, con lo cual el DPI podría ser hecho por parejas fértiles, que busquen la fivet para realizar el diagnóstico preimplantatorio en lugar del diagnóstico de enfermedades prenatales.

d.- Derecho Peruano

En el derecho peruano vigente no hay ninguna norma que prevea las técnicas de DPI o DPN, ni tampoco la hay en la legislación proyectada, aunque los límites pueden inferirse del texto proyectado para el art 5 que dice: "se prohiben las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de los seres humanos.

3. Derechos comprometidos por los exámenes genéticos.

a.- Derecho a la intimidad.

*. La problemática

Cuando en un examen genético surgen otros datos no demandados por el realizador del estudio ellos deben ser revelados a quien los pidió. Siempre que éste sea el interesado [(26)].

Los resultados de los exámenes genéticos sólo deben ser revelados a sus titulares. Muy excepcionalmente, invocando un interés legítimo de orden superior que debe ser interpretado en forma restrictiva, se le pueden exhibir a terceros, por ejemplo los hijos de los concebidos con semen de donante, a los fines de conocer su herencia biológica por un problema de salud.

El derecho a la intimidad no basta para negarse a la realización de las

---

(26) DECLARACION DEL SEMINARIO SOBRE COOPERACION INTERNACIONAL PARA EL PROYECTO GENOMA HUMANO (Valencia - España - 1990) declaró: 7.- Como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtenida o revelada con la autorización de dicho individuo o de su representante legal. Cualquier excepción a este principio requiere una fuerte justificación legal y ética, y LA DECLARACION LA REUNION INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO ANTE EL PROYECTO GENOMA HUMANO de Bilbao España 1993 dijo que "La técnica genética aplicada a la identificación personal, siendo susceptible de suministrar más información de la estrictamente necesaria, deberá restringirse a la exigencia indispensable en cada caso concreto.

pruebas genéticas demandadas en juicio [27].

*** El derecho Francés**

La nueva ley francesa Nº 94-654 establece en su art. 673-6 que los organismos y establecimientos autorizados a realizar las prácticas de procreación asistida guardan los datos genéticos del donante y que a ellos puede acceder sólo un médico en caso de necesidad terapéutica concerniente a un niño concebido con gametos de donante.

Mientras que en la ley Nº 94-653 se establece que en principio el estudio de características genéticas de una persona sólo puede ser llevado a cabo con fines médicos o de investigación. Decimos en principio porque también pueden ser hechos para determinar la filiación y para la negativa al pago de subsidios.

Entendemos que ello descarta la posibilidad de realizarlo con fines de exámenes preocupacionales o a los fines del seguro.

Por otra parte en el art. 16/10 se establece que para realizar ese estudio se necesita del consentimiento informado del paciente, aunque fuera realizado por una orden judicial en el caso de exámenes para determinar la filiación o para la supresión de subsidios art. 16-11.

**** Derecho civil peruano**

El Art. 14 del código peruano contiene una fórmula lo suficientemente amplia como para proteger la intimidad del sujeto afectado, por el conocimiento indebido de su componente genético. Pero el artículo 14 proyectado brinda una protección más específica sobre todo en su último párrafo porque permite el conocimiento de las informaciones que se hayan recogido en bancos de datos y por otra parte hace mención a la protección de su intimidad familiar [28].

---

(27) Por ej. en nuestro derecho BIDART CAMPOS entiende, que el someterse a una prueba biológica en un juicio de filiación es una suerte de declaración contra sí mismo, y que en la disputa de intereses contrapuestos entre el derecho del niño a conocer su identidad familiar y el derecho personalísimo del padre a no ser obligado a prestar declaración en contra de sí mismo, debe triunfar el derecho a la intimidad del padre frente al derecho de indagar la filiación (BIDART CAMPOS, Germán "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, ED 2-3-1993). Tal posición, absolutamente minoritaria no ha tenido ninguna acogida jurisprudencial.

(28) El artículo 14 proyectado señala "Toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad personal y familiar. El que por cualquier medio perturbare la intimidad de la persona, tomare indebido conocimiento de hecho, que correspondan al ámbito privado o los pusiere de manifiesto sin su asentimiento, será obligado a cesar en su intrusión, reparar el daño causado e impedido de ulteriores intromisiones. En caso de fallecimiento del titular del derecho el asentimiento será prestado por su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermamos excluyentemente y en ese orden.
El transgresor no podrá excluir su responsabilidad aunque demuestre que lo conocido o divulgado corresponde a la verdad. Toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella se hayan recogido en bancos de datos y en archivos o re-

Aunque quizás requeriría alguna precisión mayor en cuanto a la limitación de su objeto y a la necesidad del consentimiento. Como por ejemplo, que se indicara que los estudios del componente genético sólo pueden ser realizados por causas médicas o de investigación o con orden judicial y se requiriese el consentimiento del paciente para su realización.

b.- Derecho a trabajar.

En principio no se puede exigir en los exámenes preocupacionales exámenes de tipo genético, que impliquen cualquier tipo de discriminación [(29)].

Pero en determinados casos razones de bien común exigen la realización de los mismos. Como, por ejemplo para determinar cierto tipo de enfermedad que puede atacar a los individuos cuando se exponen a determinada altura, que resultaría útil de realizar en el caso de los aviadores [(30)].

c.- Derecho al seguro.

Pueden las empresas someter a sus asegurados a ese tipo de exámenes para disminuir sus riesgos y aumentar sus primas? Señala la doctora Kemelmajer de Carlucci: "Qué efecto tendría el seguro si el diagnóstico prenatal detecta una malaformación?. En los países con legislación permisiva del aborto, los gastos resultantes de estas operaciones son cubiertos por el seguro de enfermedad, los gastos médicos que origina un niño enfermo también están cubiertos en Holanda, en cambio en los E.E.U.U., prácticamente los padres se ven compelidos al aborto pues un niño con malformaciones detectadas en estas pruebas no puede estar asegurado [(31)].

En el derecho peruano VARSI ROSPIGLIOSI entiende que debe legislarse la utilización del PGH* en la contratación en razón que un gen defectuoso no puede implicar la no suscripción o suscripción con condicionamiento del contrato o la elevación del quantum a contratarse [(32)].

---

gistros, pudiendo solicitar o demandar la supresión de los mismos cuando atenten contra su intimidad.

(29) LA REUNION INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO ANTE EL PROYECTO GENOMA HUMANO. Bilbao, España 1993. Recomendó el: "Rechazo a la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o cualquier otro".

(30) Los tribunales americanos han obligado a las compañías aéreas a aceptar a pilotos con células falciformes que se suponía afectaba la capacidad de retención de oxígeno por hemoglobina. Mateo, ob cit. pág. 55.

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa "Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano" ED 2 de agosto de 1993.

(32) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique "Genoma Humano" 1er. Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, 24, 25 y 26 de noviembre de 1993, pág. 123.

Ello no es tan así. Las compañías aseguradoras aseguran hoy en día aún a los enfermos de SIDA, lógicamente la prima esta de acuerdo con el riesgo [(33)].

d.- Derecho a la vida

El problema se presenta con los embriones congelados y no implantados. Para las legislaciones abortivas el tema no presenta mayores dificultades, no así para las legislaciones como la nuestra. Donde de ninguna manera se permite el descarte de embriones en base a fallas genéticas.

El actual Código Civil peruano no da ninguna solución al problema porque en la época de su sanción no existía ni el congelamiento de embriones, ni la posibilidad de conocer su componente genético, la protección podría venir dada por una interpretación amplia del art. 5 del Código Civil peruano, en lo referente al derecho a la vida.

Aunque lógicamente en esta materia es preferente una legislación que aclare dudas y permita a los médicos y especialistas en el tema adecuar su conducta a las pautas legislativas. En este sentido es claro el último párrafo del artículo 5 proyectado que establece que "están prohibidas la cesión, manipulación o destrucción de embriones y fetos humanos o sus células tejidos y órganos".

Este no es el mismo criterio tenido en cuenta por otras legislaciones como es la española que dice en el art. 17.2 "Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmaceúticos, diagnósticos o terapeúticos, previamente conocidos o autorizados."

e.- Derecho a la dignidad.

Creemos indiscutible que no se pueden crear seres humanos al sólo efecto de la investigación del genoma humano. Ello está expresamente prohibido en la legislación española, no así en otras legislaciones.

También creemos que resultan contrarios a la dignidad del ser humano en general las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales.

V.- PATENTABILIDAD DEL GENOMA HUMANO

Mundialmente se encuentra aceptada la posibilidad de patentar las invenciones biotecnológicas siguiendo en esto las directivas dadas para la Comunidad Económica Europea.

El problema se complica cuando se trata de la patentabilidad de invenciones biotecnológicas relativas al genoma humano. En este caso cree-

(33) MEDINA, Graciela "Sida y Derecho de Seguros" JA, 27 de julio de 1994.

mos que el patentamiento debe estar prohibido.

Para clarificar nuestra investigación vamos a señalar cuál es el origen del problema, cuál ha sido la posición de Argentina frente a la alternativa de patentabilidad del genoma humano, para explicar luego cuáles son los fundamentos de quienes lo propician, y finalmente exponer cuales son los motivos que la impiden.

1.- Orígenes del problema

Relata Bergel, que "el debate sobre el patentamiento de secuencias de material genético humano comenzó el 20/06/91, fecha en la cual el Instituto Nacional de la Salud de los Estados Unidos (NIH) solicitó a la Oficina de Patentes, el patentamiento de 337 secuencias parciales de genes [(34)].

Cabe recordar que a fines de 1991 los medios científicos internacionales fueron conmovidos, por una iniciativa del National Institute of Health, entidad dependiente del Gobierno Federal de los Estados Unidos. Basados en los hallazgos del proyecto de investigación sobre el mapeo del genoma humano, solicitaron a la oficina de patentes y marcas de ese país patentes sobre 337 secuencias genéticas del ser humano, cuyas funciones específicas en ese momento se desconocían.

Ello motivó el repudio de destacados científicos entre ellos Watson, uno de los descubridores del ADN, que renunció a la dirección del proyecto sobre genoma humano.

El comité consultivo de Etica de Francia, el 6 de diciembre de 1991, emitió una declaración señalando que "el conjunto de la información contenida en el genoma humano pertenece al patrimonio común de la humanidad, es un dominio del conocimiento que no puede ser objeto de monopolio" [(35)].

No obstante lo cual en el Congreso de Bilbao algunos premios nóbeles se manifestaron a favor del patentamiento de las secuencias del ADN, entre ellos el premio nobel de medicina de 1976 Baruch Blumberg [(36)].

2.- Posición de Argentina sobre la posible patentabilidad del genoma humano.

Nuestro país desde el comienzo repudió tal patentamiento, en los me-

(34) BERGEL, Salvador Dario en su ponencia en la reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, de Bilbao España 1993 "El Genoma Humano y los límites del patentamiento" pág. 3.

(35) "Le Monde" 7-12-1991.

(36) KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit. Nº VI.

dios periodísticos [37] y parlamentarios [38].

En la Cámara de Diputados se presentaron dos proyectos de declaración de repudio contra dicho patentamiento, el primero fue el de los diputados justicialistas Oscar Félix González y José Manuel Corchuelo Blasco [39]. El segundo fue presentado por los diputados por la Unión Cívica Radical de Misiones, Mabel Marelli, Luis Losada y Carlos Koth [40].

3.- Fundamento de la patentabilidad.

El fundamento dado para permitir la patentabilidad, no es muy distinto al dado para la patentabilidad de invenciones biotecnológicas. Ellas requieren de grandes inversiones para lograr la invención y se debe estimular a las inversiones en la búsqueda del resultado.

Lo que puede resultar llamativo es que quienes solicitaron los primeros patentamientos en los EE.UU. no eran empresas privadas sino que se trataba del Instituto Nacional de la Salud dependiente del gobierno federal de los Estados Unidos, lo que parecería descartar un fin de lucro.

"Alan Bronley, consejero de Ciencias del Presidente de los Estados Unidos defendió la solicitud de patentamiento alegando que era para defender los intereses del contribuyente norteamericano en contra de las empresas privadas, las cuales están al acecho para presentar solicitudes" [41]

Pero lo que se vislumbre en el fondo es un interés económico y como dice Bergel "Mas allá de visualizar la procedencia o improcedencia del patentamiento, lo que interesa es la reserva del mercado para evitar acciones de terceros - tan carentes de derecho como los solicitantes - o para otorgar licencias a las empresas para el desarrollo de productos que pu-

---

(37) Diario Clarín del 13 de julio de 1992.

(38) Diario de Trámite Parlamentario Nº 54 de 1992, págs 3637 y 3649.

(39) La Cámara de Diputados de la Nación declara: "Su más enérgico repudio al intento del National Institute of Health (Instituto Nacional de la Salud) de los Estados Unidos de América por pretender la obtención de patentes sobre los genes humanos". En la actualidad se encuentra en estado parlamentario en las Comisiones de Relaciones Exteriores y culto, de Asistencia Social y Salud Pública y caduca el 30-04-94.

(40) La Cámara de Diputados de la Nación resuelve: 1) Repudiar el patentamiento de genes humanos que viene realizando el National Institute o Health (Instituto Nacional de la Salud de los Estados Unidos de América. 2) Proclamar que la humanidad no puede ser jamás propiedad privada de un Estado. 3) Denunciar ante la Organización Mundial de la Salud (OMS) y ante los organismos que integran la comunidad científica mundial la apropiación indebida de bienes que son patrimonio de la humanidad. 4) Instar a todas las organizaciones científicas del mundo a luchar para que no se permita el patentamiento del ser humano ni de ninguna de sus partes". En la actualidad se encuentra en estado parlamentario en las comisiones de Relaciones Exteriores, y Culto, de Asistencia Social y Salud Pública y de Industria, caduca el 30-04-94.

(41) Financial Times 24\4\92.

dieran obtenerse a partir de las secuencias patentadas y que tengan aplicación industrial [42].

4. Legislación francesa.

La ley francesa del 29 de julio de 1994 Nº 94/653 ha agregado al artículo 611/17 del Código de la Propiedad Industrial el inc. a) en el que establece que "... el cuerpo humano, sus elementos y sus productos como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano no puede ser objeto de patentes".

5.- Motivos que impiden el patentamiento.

a).- El orden público y las buenas costumbres.

Desde siempre se ha señalado la no patentabilidad de inventos contrarios a las buenas costumbres.

A su vez Walker escribe que la utilidad falta cuando la invención es contraria a la moral, a la salud o al orden social, y que no es patentable la que por ejemplo, tiene por objeto el arte de falsificar o de facilitar la difusión de una enfermedad contagiosa o de envenenar el agua [43].

Hay acuerdo mundial en que no se pueden otorgar patentes que afecten el orden público y a las buenas costumbres sobre todo aquellas que traten sobre el ser humano y sus partes [44].

Sin embargo, ello no es tan fácil cuando se trata de realizar precisiones concretas. En este orden de ideas enseña Bercovitz que "se considera que el hecho de una invención se sirva de material vivo tomado del ser humano no debe excluir la patentabilidad, por cuanto se entiende que tal privación privaría de estimulo a las investigaciones que consisten en el cultivo de células de origen humano para crear anticuerpos, siendo así que tales invenciones son socialmente deseables" [45].

En general, las legislaciones impiden el patentamiento de aquellas invenciones que atentan contra el orden público y las buenas costumbres, entre ellas la Directiva del Consejo de Europa relativo a: "La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas" del 16 de diciembre de 1992.

---

(42) BERGEL, Salvador Dario en su ponencia en la reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, de Bilbao España 1993 "El Genoma Humano y los límites del patentamiento" pág. 8.

(43) WALKER pág. 81, cit. por DI GUGLIENO, Pascual, ob. cit., pág. 62.

(44) STRAUS, Joseph, "la protección de las invenciones biotecnológicas por la propiedad industrial, Análisis de ciertas cuestiones básicas" Revista del Derecho Industrial, año 8, pág. 348.

(45) BERCOVITZ, Alberto, "Problemática de la protección de las invenciones biotecnológicas desde una perspectiva Europea" en Biotecnología y Patentes. Revista del Derecho Industrial Nº 12, pág. 63.

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

Que en su art. 2 inc. 3 dice:

> "Las invenciones cuya publicación sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres se excluyen de la patentabilidad".

Pero como los límites del orden público y de las buenas costumbres son variables, la Comisión Europea a tratado de facilitar la interpretación de tales conceptos explicitándolo. Así el art. 3 ap. 1 dice:

> "Por esta razón no serán patentables en particular: a) El cuerpo o elementos del cuerpo humano como tales b) Los procedimientos de modificación de la identidad genética del cuerpo humano con fines terapéuticos y contrarios a la dignidad de la persona humana".

No obstante lo cual se han otorgado algunas patentes Europeas en el marco de la elaboración de medicamentos [(46)].

Pero en definitiva conviene rescatar que es contrario al orden público, por ser contrario a la dignidad del ser humano pretender patentar un gen o secuencia de genes o de bases de los que conforman el genoma humano.

b) Ya está en la naturaleza. Se trata de un descubrimiento.

Es indiscutible que el ADN del ser humano ya está en la naturaleza, se trata de una materia viva que ya existía en la naturaleza, aunque no era conocida anteriormente y que ha sido necesaria la labor del hombre para aislarla y darla a conocer.

Creemos siguiendo en esto al derecho tradicional de patentes que se tratará de un descubrimiento y que, por lo tanto, no es patentable aquello que ya está en la naturaleza.

Podría decírsenos que el hecho de que esté en la naturaleza no le quita novedad sino ha sido conocido porque demuestra que se ha debido desarrollar una tecnología especial para lograrlo. Ello es correcto, pero entonces lo que hay que determinar es cual es el objeto patentable, que no puede ser la sustancia física que está en la naturaleza sino, la tecnología empleada para su utilización [(47)].

---

(46) 1) Un linaje de células linfoblastoides humanas (patente Europea Nº 1223769,15/9/89. 2) Una molécula de ADN recombinante capaz de inducir la expresión de un huésped unicelular o de un polipépticdo que manifieste actividad inmonológica o biológica del interferón humano B (patente Europea Nº 0041313 del 12\9\91. 3) La clonación molecular y la caracterización de la secuencia de un gen codificante para la relaxina humana. (patente Europea Nº 0101.309 del 16\9\91).

(47) BERCOVITZ, Alberto "Problemática de la protección de las invenciones biotecnológicas desde una perspectiva Europea" en Biotecnología y Patentes. Revista del Derecho Industrial Nº 12, pág. 61.

c) La técnica de su obtención no es novedosa.

Dijimos en primer lugar que no era patentable lo que se encuentra en la naturaleza y que el hombre se limita a seleccionar y dejar que desarrollen su función biológica intrínseca.

En este sentido La Directiva del Consejo de Europa relativo a: "La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas" del 16 de diciembre de 1992, en su art. 6 ha dicho:

> No serán patentables los procedimientos esencialmente biológicos. Para determinar esta exclusión, se tendrá en cuenta la intervención humana y los efectos de la misma en el resultado obtenido. Se considerará patentable aquel procedimiento que, considerado como un todo no existe en la naturaleza y es algo más que un mero procedimiento de obtención.

Las técnicas para generar secuencias de ADN no son nuevas, muy por el contrario son labores tediosas que se facilitan gracias a las nuevas computadoras y algoritmos [(48)].

Con el advenimiento de las máquinas de secuenciación automática en Japón se pueden secuenciar hasta 100.000 bases por día.

Con lo cual tenemos que la materia no es patentable y la técnica carece de novedad ya que es un mero procedimiento de secuenciación, lo que parece descartar cualquier intento de patentamiento del genoma humano.

d) Falta de aplicación industrial.

La idea de base en materia de patentes es la atribución de un monopolio temporario a cambio de un bien, producto o proceso, puesto a disposición del público, y que produce alguna utilidad o resultado.

Berscovitz sostiene que habría que evitar que se concedan patentes para solicitudes con reivindicaciones, concebidas en términos amplios, que pretenden comprender supuestos en los cuales no existe comprobación alguna de que la invención tal como está descrita, podrá ser aplicable.

Es por ello que en los considerandos de la Directiva del Consejo de Europa relativo a: "La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas" del 16 de diciembre de 1992. Se dice que:

> "Si el solicitante sólo quiere patentar un elemento del cuerpo como tal, por ejemplo un gen humano del que no se conozca función o utilidad, se aplicará la exclusión de la patentabilidad.

(48) GRISOLIA, Santiago "Proyecto Genoma Humano: conceptos y estrategias" Revista Occidente 142, marzo 93, pág. 25.

Es que no es posible admitir un monopolio aunque fuera por tiempo determinado para algo cuya función no se puede valorar porque se desconoce".

e).- El proyecto genoma humano y la secuencia del ADN son patrimonio de la humanidad

La DECLARACION DEL SEMINARIO SOBRE COOPERACION INTERNACIONAL PARA EL PROYECTO GENOMA HUMANO. (Valencia - España - 1990). Ha dicho al respecto que "2... el conocimiento adquirido de la cartografía y la secuenciación del genoma humano originará un gran beneficio para la salud y el bienestar humanos. Apoyamos la colaboración internacional para la investigación del genoma y requerimos la más amplia participación posible de todos los países del mundo, dentro de los recursos e intereses de cada país.
3. Requerimos la colaboración entre las naciones y las distintas disciplinas en el desarrollo de la investigación y en el intercambio de información y materiales relativos al genoma de los seres humanos y de otros organismos".

Y en LA REUNION INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO ANTE EL PROYECTO GENOMA HUMANO. (Bilbao, España, 1993) expresamente se ha señalado que **Los conocimienos genéticos son patrimonio de la humanidad y se comunicarán libremente.**

Los fines altruistas del proyecto Genoma Humano y la necesaria cooperación internacional para poder mapear la totalidad del genoma humano son absolutamente incompatibles con el derecho de patentes y atentarían en gran medida con el progreso de la ciencia.

CONCLUSIONES

I.- Las invenciones biotecnológicas revisten una importancia fundamental en la industria y la economía de los países, es por ello necesario la formulación de políticas claras, a fin de promover el desarrollo de la biotecnología, en sus aspectos de investigación y producción, respetando los principios éticos de identidad, intimidad, e integridad del ser humano. Es recomendable que legislativamente se PROHIBA:

1. Los procedimientos de modificación de las células germinales contrarias a la dignidad de la persona humana.
2. Las prácticas raciales eugenésicas tendiente a la selección de genes, sexo o de caracteres físicos o raciales de seres humanos.
3. La utilización de los datos genéticos que originen cualquier dis-

criminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro y de la educación.

4. El patentamiento de los genes o conjunto de genes o de bases de los que conforman el genoma humano.
5. La utilización de las técnicas de diagnóstico prenatal para discriminación en razón del sexo.
6. La revelación del resultado de los exámenes genéticos con vulneración del derecho a la intimidad, excepto estrictos motivos de orden público.

II.- Los fines altruistas del proyecto genoma humano y la necesaria cooperación internacional son absolutamente incompatibles con el derecho de patentes y atentarían en gran medida con el derecho de la ciencia.

EL DAÑO A LA PERSONA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Jorge Mosset Iturraspe
Universidad del Litoral y de Buenos Aires

SUMARIO.- 1.- La situación del daño a la persona en el Código Civil argentino, redacción originaria del Codificador Vélez Sarsfield. 2.- El daño moral a partir de la reforma de 1968, ley 17711, art. 1078, el precio del dolor. 3.- Los esfuerzos doctrinarios por ampliar la noción de daño moral, para abarcar otros menoscabos. Inconvenientes. 4.- La situación a partir del Código Civil peruano de 1984: el daño a la persona, categoría eje o central. El moral y el patrimonial se suman a los perjuicios a la intimidad, salud, vida de relación, proyectos, etc.

1.- El mal hecho a la persona aparece receptado en el Código de Vélez, redacción originaria, art. 1068, como "daño indirecto", susceptible de "apreciación pecuniaria". Dice el texto:

"Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

Empero, es innegable que dicho cuerpo pone el acento en las consecuencias materiales del ataque a la persona: lesiones o muerte y limita la reparación de otras consecuencias, al punto de exigir la configuración de un delito del derecho criminal para la indemnización:

"... del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas" -art. 1078.

Semejante concepción lleva a la doctrina argentina a sostener, que en la versión originaria del Código, estaba bien defendida "la inviolabilidad del patrimonio", pero no "la inviolabilidad de la persona", que ha menester de un reconocimiento pleno del denominado "daño a la persona"[(1)].

(1) Es el título de la Comisión Nº 1, del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires en 1991.

2.- La Reforma de 1968, obra casi exclusiva del eminente jurista Guillermo Borda, otorgó al "daño moral" una amplia acogida, con base en la reforma del art. 1078 del Código Civil. Pero una muy fuerte corriente doctrinaria, liderada por el Profesor Jorge Joaquín Llambías, con base de criterios moralistas y de estoicismo, "ha edificado una verdadera caricatura de todo reclamante, que aparece siempre como sujeto activo de la prostitución del dolor, verdaderos "proxenetas del dolor" [(2)], en busca de un "precio del dolor" ...

Se dividió de este modo el pensamiento jurídico argentino y una serie de divagaciones conceptualistas pusieron en grave peligro los fines de la reforma: agravio moral o daño moral; reparación o punición; inconmesurabilidad del dolor; los beneficios del sufrimiento, etc, etc. La jurisprudencia, durante muchos años, hesitó, dudó seriamente entre una y otra postura: ver en el daño moral un avance del saber jurídico o un retroceso a tiempos primitivos.

3.- Los esfuerzos doctrinarios, del sector favorable al daño moral, chocaban con la estrechez de la idea del dolor reparado, del sufrimiento indemnizado. Poco a poco fueron apareciendo, empujadas por la realidad vital y por los hallazgos del Derecho Comparado, otras situaciones, que no encajaban, sin configurar un verdadero "lecho de Procusto", con la versión tradicional del daño moral, lesión a la intimidad, daño estético, a la vida de relación, a la salud, a los proyectos de vida, daño psíquico, etc. etc.

Es verdad que puede decirse, y nosotros lo hemos afirmado, que todas estas situaciones, que alguien ha denominado "felices descubrimientos", que muestran una persona humana enriquecida, observada con mayor detenimiento, vista en profundidad psíquica, somática, psicológica, psiquiátrica, antropológica, se traducen, a la postre, en consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

Y, si a las extrapatrimoniales las identificamos con el daño moral, no habría nuevas categorías, autonomías, terceros o cuartos géneros.

La pregunta que ahora nos hacemos es la siguiente: ¿semejante simplificación ayuda o no ayuda a una mejor defensa de la persona humana?. ¿El no distinguir se traduce en beneficios o perjuicios para el hombre de carne y hueso, a la hora de plantear su pretensión ante la justicia institucionalizada?

---

(2) LLAMBIAS, J.J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Bs. As. 1967, t, I, pág. 305 y ss.; Quintana Terán, G.R. La reparación del agravio moral, en Prudentia Juris, t. VII, pág. 3234. Sobre la crítica a esta posición; Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por Daños", t. IV, edit. Ediar, Bs. As. 1985; Cifuentes, S., "Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción", en Estudios en Homenaje del Dr. Guillermo A. Borda, edic. La Ley, Bs. As. 1985. Recientemente, Iribarne, H.P., "De los daños a la persona", edit. Ediar, Bs. As. 1993.

4.- La sanción del Código Civil del Perú de 1984, su artículo 1985, al separar el daño a la persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconceptos que nos ataban a una calificación decimonómica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada.

La reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral.

El centro de la cuestión no es más "el dolor", es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias.

La aparición en la doctrina argentina que al decir del querido profesor brasileño Clovis V. de Couto e Silva, constituye un "micro sistema avanzado, a la altura de los mejores del mundo jurídico en similar estadio de evolución", de una pluralidad de trabajos; en los cuales la nueva denominación se acepta, con alborozo y satisfacción profundas, constituye la mejor prueba de la acogida favorable que el Código peruano tuvo, al incorporar la "nueva categoría":

La Revista de Derecho Privado y Comunitario, en su número inicial, de octubre de 1992, tituló la primera entrega: "Daños a la persona" [(3)];

El II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires 1991, declaró, de lege lata:

"1.- La inviolabiloidad de la persona humana, como fin en sí mismo, supone su primacía jurídica como valor absoluto.

2.- La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección.

3.- Debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad.

4.- El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales".

De "lege ferenda" se recomendó: "Debe conferirse jerarquía legal en la órbita privatística a los derechos personalísimos, mediante la incorporación al Código Civil de una normativa sistemática".

(3) Destacamos los trabajos de: RIVERA, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LORENZETTI, ZANNONI, HIGHTON, PIZARRO Y ROITMAN, BUERES Y MOSSET ITURRASPE.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONA

(Con especial referencia a su protección frente a la prensa)

Julio César Rivera
Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCION

El tema de los daños a los denominados derechos de la personalidad espiritual (intimidad, imagen, honor) ha sido estudiado ya repetidamente por la doctrina nacional [(1)]. Por ello nuestro análisis se va a centrar en un aspecto particular cual es el de la tutela de tales derechos frente a las agresiones provenientes de la prensa, fuente de los agravios cuantitativamente más numerosos y cualitativamente más graves según ha sido señalado desde los primeros trabajos publicados sobre la materia.

Por ello hemos de hacer una muy breve disgresión sobre algunos caracteres comunes a estos derechos antes enumerados, para entrar luego a un examen de los aspectos que hacen a la libertad de prensa y el derecho de informar, para concluir con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil aplicados a la materia en concreto.

Señalamos también que hemos de limitar la cuestión al estudio del derecho argentino, pues la Constitución Nacional contiene reglas que la alejan -al menos parcialmente- de los derechos europeos. Y con respecto a Estados Unidos si bien el régimen constitucional nos resulta más familiar, las diferencias sustanciales se presentan en el ámbito de la responsabilidad civil.

---

(1) V. entre otros BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "La violación del derecho a la intimidad y su adecuada reparación", LL 1989-E-40; GOLDENBERG, Isidoro, "Daño a los derechos de la personalidad"; BELLUSCIO, Augusto, "Daños causados por la publicación de noticias". ambos en "Derecho de daños-Homenaje al prof. Jorge MOSSET ITURRASPE", Bs.As., 1989; GOLDENBERG, Isidoro, "La responsabilidad civil derivada de la lesión del derecho a la intimidad" en "Responsabilidad por daños - Homenaje a Jorge BUSTAMANTE ALSINA", Bs.As. 1990; y por supuesto el tema es tratado con profundidad en las obras destinadas al análisis de los derechos de la personalidad.

II. BREVE ESQUICIO SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

No vamos a entrar a definir cada uno de los derechos de la personalidad espiritual sino que nos limitaremos a puntualizar algunos aspectos de importancia para la resolución de las cuestiones que abordaremos.

En este orden de ideas manifestamos:

- los derechos de la personalidad tienen un fundamento único, el cual está dado por el reconocimiento de que la persona tiene un valor en si misma y como tal cabe reconocerle una dignidad. De lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él, como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud) y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen) y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo [(2)];
- estos derechos tienen fundamento constitucional; la Constitución de 1853 contiene un expreso reconocimiento de derechos que hacen a la tutela integral de la personalidad; entre ellos destacamos la garantía de la igualdad (art. 16) que se extiende a los extranjeros (art. 20), el derecho a la privacidad (art. 19), que comprende la reserva de los papeles privados y la correspondencia y la inviolabilidad del domicilio (art. 18). Además el reconocimiento de derechos y garantías implícitas, (art. 33) da flexibilidad a las normas constitucionales;
- existe un proceso de internacionalización de los derechos de la personalidad, con el que nuestro país se encuentra convencionalmente comprometido en razón de la ratificación de numerosos tratados internacionales entre los cuales adquiere particular relevancia la Convención Interamericana de Derechos Humanos, generalmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica;
- finalmente la tutela de estos derechos se manifiesta en el derecho positivo interno público y privado.

III. LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHO DE INFORMACION

1. Reconocimiento constitucional de la libertad de expresión

La Constitución asegura a todos los habitantes el derecho a publicar libremente sus ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y veda al gobierno Federal dictar normas que restrinjan la libertad de prensa (art. 32).

Del mismo modo el pacto de San José de Costa Rica reconoce a toda persona la libertad de pensamiento y expresión (art. 13 inc. 1ro.) sin censura previa (inc. 2do).

---

(2) RIVERA, Julio César, "Instituciones de derecho Civil Parte General", Buenos Aires 1992, Núm. 725.

2. La cuestión de la jerarquía entre los derechos constitucionalmente reconocidos

Sobre esta materia se han dado varias opiniones:

- por un lado algunos autores, como Miguel Angel Ekmedjian, han sostenido que existe un orden jerárquico, dentro del cual el derecho a la dignidad personal (y sus reflejos, la honra y la intimidad), ocupa el primer lugar, y prevalece por ende sobre cualquier otro en caso de conflicto [(3)].
- otros sostienen que no es adecuado establecer precedencias entre las libertades y garantías, debiendo propenderse a su conciliación. Este criterio fue mayoritario en las Jornadas Sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al prof. Bustamante Alsina (Bs.As., junio 1990). Y es en general el reconocido por la Corte Suprema de Justicia, especialmente reflejado en la mayoría del caso Portillo [(4)], en el cual dijo: "la primera misión de los jueces es superar la alternativa (entre dos derechos constitucionalmente tutelados) mediante la concertación de sus términos, procurando armonizarla dentro de las disposiciones de todas las demás cláusulas, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental" [(5)]; coordinación que no puede dilucidarse de manera previa, en base a pautas rígidas, sino en concreto, en función de las circunstancias del caso [(6)].
- un tercer grupo afirma que si bien es cierto que los derechos amparados por la Constitución Nacional están todos en un mismo orden, en caso de conflicto debe prevalecer -en principio- el derecho a la dignidad y sus corolarios que son el derecho a la honra y a la intimidad [(7)].
- finalmente, un cuarto grupo de autores, afirma que la libertad de expresión tiene en la Constitución el rango de "libertad institucional", y que como tal no puede ser objeto de ninguna cortapisa y tiene un rango preferente [(8)].

---

(3) EKMEDJIAN, Miguel, "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", LL 1985-A-847; "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles"; ED 114-945.

(4) CSN, 18.4.89, JA 1989-II-657.

(5) En el mismo sentido en "PONZETTI DE BALBÍN c/Editorial Atlántida",12.12.84, LL 1985-B-121.

(6) CSN, en "Dri c/ Bobierno Nacional", 21.3.66, LL 123-156; "CARRIZO COITO c/ Dirección Nacional de Migraciones", 26.6.80, ED 89-501.

(7) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Bs.As., 1991, pág. 109.

(8) ANCAROLA, Gerardo, "Un hito promisorio para la libertad de prensa", ED 10.3.92; LINARES QUINTANA, Segundo V., "El derecho de réplica y la libertad institucional de prensa",

3. Relatividad de la garantía constitucional de libre expresión de las ideas

La Corte ha establecido desde antaño que todos los derechos que la Constitución reconoce son relativos, y por ende están sometidos a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 CN), y a los límites que les impone la coexistencia con otros derechos, en cuyo caso -como se ha visto- la Corte se inclina decididamente por la tesis de la conciliación o coordinación en concreto de acuerdo a las circunstancias del caso.

Pero con relación a la prensa se han establecido de manera clara y concreta en la Constitución las dos reglas antes expuestas: garantía de publicación de las ideas sin censura previa, y prohibición al Congreso Federal de dictar normas que restrinjan la libertad de prensa.

¿Esas normas permiten atribuir a la prensa la calidad de derecho absoluto?.

La respuesta de la Corte Suprema Nacional ha sido negativa: el derecho a la difusión de las ideas por la prensa (con su corolario el derecho de información), como los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, son relativos y como tales pueden generar responsabilidad a quien los ejerce de manera tal que causa un daño a otro [(9)], de donde el Dr. Petracchi concluyó además que la prensa es un derecho absoluto en un solo aspecto: **La garantía de la no censura previa.**

El carácter relativo del derecho de expresión de las ideas y del derecho de información, fue ratificado por la CSN en numerosos precedentes posteriores en los que se concluyó atribuyendo responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de noticias inexactas o agraviantes (como se verá más adelante).

Ello ha tenido ratificación en la sentencia de la Corte dictada en la causa "Vago c/ Ediciones La Urraca" [(10)], en cuyo considerando 9, dice la CSN: "Que el derecho de publicar las ideas por la prensa, constitucionalmente protegido contra la intervención de los poderes del Estado, esta limitado por los derechos de las personas a su libertad, a su dignidad, a su privacidad, a su honor y reputación, a sus derechos civiles y politicos".

4. Alcance de la libertad de expresión de las ideas

Se ha visto que la Constitución garantiza la expresión de las ideas sin censura previa.

Ahora bien: la **expresión de las ideas** puede ser entendida estrechamente, con el alcance que tenía en la Constitución Nacional y sus antece-

---

(9) CSN. in re "PONZETTI DE BALBÍN c/ Editorial Atlántida".12.12.84. LL 1985-B-121.

(10) CSN, 19.11.91, JA 25.3.92.

dentes; es decir, que se entiende literalmente (despacho virtualmente unánime de las Jornadas antes citadas).

O puede ser interpretada como abarcando el derecho a la información (de dar y recibir información, que en el caso de la prensa se manifiesta fundamentalmente en la primera hipótesis). En este sentido Bustamante Alsina dice que "Esta referencia literal de la Constitución comprende en el Estado moderno, la libertad de expresión en un amplio sentido que abarca, por lo tanto, la libertad de dar y recibir información como ha sido expresamente señalado en el art. 13, inc 1 del Pacto de San José de Costa Rica..." (11).

Esta cuestión tiene cierta relevancia para reflexionar sobre la posibilidad de que se adopten medidas precautorias tuitivas de los derechos al honor y la intimidad que pudieran importar una forma de censura "judicial".

En este orden de ideas debe señalarse que Jean François Revel distingue entre "libertad de expresión de ideas" y "derecho de informar y de ser informado". Dice que la primera debe ser reconocida "incluso a los embusteros y a los locos", pero que el oficio de informar, en cambio, debe ser objetivo, proporcionar información exacta y seria. Afirma que el pluralismo que se adjudica a la prensa libre debe limitarse a la expresión de ideas u opiniones, no a la información que debe ser objetiva (12).

Nuestro constitucionalista Bidart Campos, opina que en una interpretación dinámica de la Constitución, debe admitirse que:

- prensa es no sólo la escrita, sino también la TV, la radio, el cine, etc; afirma que tal solución fluye además de la doctrina de la Corte en el caso Ponzetti de Balbín;
- alguna doctrina admite que la prensa "analógica" (tv, radio), sea susceptible de control preventivo (tesis que incluso fue sostenida por Bidart Campos), pero hoy afirma el autor citado que tal tesis aparece difícilmente sostenible ante la redacción del art. 13 de la CIDH, que confiere la exclusión de censura previa para la **libertad de expresión en sentido amplio y en todos sus formas** (13).

5. Ejercicio de la información

El derecho a la información, al que venimos haciendo referencia como expresión genérica, abarcante del derecho de expresión de las ideas por la

---

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes", LL 1989-D-885

(12) Cit. por EKMEDJIAN, M.A., "Manual de la Constitución Argentina", Bs.As., 1991, pág. 87..

(13) BIDART CAMPOS, G.J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. I, Bs.As., 1986, págs. 269 y sigs.

prensa y de dar y recibir información, debe ser ejercido dentro de los límites en los cuales es verdadero derecho.

Conforme con un criterio generalizado de la doctrina, el periodismo informativo ha de ajustarse, en la difusión de las noticias, a las exigencias siguientes:

- veracidad de los hechos sobre los que informa;
- interés para el público de los hechos seleccionados para su difusión;
- que esos hechos no ocasionen, con su divulgación, daño a intereses colectivos [14].

En apoyo de estas exigencias el autor citado recuerda:

- la veracidad de los hechos informados es exigida unánimemente por todas las reglas jurídicas o éticas del periodismo; a título de ejemplo cita la ley venezolana de ejercicio del periodismo de 1972 (art. 30); los arts. 4 y 6 del código de ética periodística de Venezuela; el proyecto de código de ética del periodista latinoamericano presentado al 1er. Congreso Latinoamericano de Periodistas (México, 1976), el art. I de la ley sueca sobre la prensa (puesta al día en 1949); el proyecto de Declaración aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU en 1960 (art. 4).

Al respecto dice un autor español: la **información de hechos no verdaderos no es propiamente información** [15], lo que lo lleva a sostener que el conflicto verdadero existe cuando se sobredimensiona la honra para impedir la información, o entre la honra y la **pseudoinformación**.

Entre nosotros la doctrina más especializada sobre el tema también sostiene la existencia de un deber de veracidad [16].

Es que la libertad de expresión o a la información, hoy sintetiza a la vez la **libertad de pensamiento** frente al Estado en tanto respete los principios democráticos, y **el derecho de la comunidad** de obtener una información libre y pluralista... La doble fundamentación de la libertad de expresión, está en la base de que hoy pueda hablarse no sólo de un derecho a informar, sino también de un derecho a recibir información, y de un deber, por tanto, de que se establezcan por el Estado las condiciones que garanticen que el derecho pueda ser satisfecho de acuerdo a las exigen-

(14) NOVOA MONREAL, Eduardo, "Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos". 3a.ed., México, 1987, pág. 156.

(15) SORIA, Carlos, "Derecho a la información y derecho a la honra". Barcelona, 1981, pág. 36.

(16) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., págs. 156 y sigs; ZANNONI, Eduardo A., "El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación", en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge BUSTAMANTE ALSINA",.Bs.As.. 1990, vol. II, pág. 7 y sigs.

cias de libertad y pluralismo [17].

Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado también que la verdad objetiva constituye la finalidad deseable de la información, afirmando textualmente que "...la función de la prensa en una república democrática persigue, entre otros objetivos principales, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible, contribuir a la elaboración de la voluntad popular y servir de medio de expresión a la opinión pública" [18];

Pero la cuestión no acaba aquí, pues a los efectos de la responsabilidad civil es necesario saber cuál es el alcance de ese deber de veracidad: ¿es un deber de resultado, objetivo, o es un deber de diligencia, subjetivo?. En el primer caso, la información no veraz sería suficiente para atribuir responsabilidad, sin requerir del periodista o del medio, culpa en la difusión de la noticia inexacta; en la segunda hipótesis, el periodista se eximiría de responsabilidad acreditando que ha obrado con la diligencia exigible (art. 512) [19]; volveremos sobre la cuestión más adelante. .

– que la noticia deba ser del interés público es connatural al periodismo; se trata de que con esa información que se le suministra el público pueda hacer un ejercicio más efectivo de sus derechos y el cumplimiento mejor de sus obligaciones para con la sociedad y los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimiento, de amistad y respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidad de su propio pueblo.... [20]

A ello se agrega que la noticia tenga actualidad [21]. Este elemento ha tenido repercusión en alguna sentencia dictada por nuestros tribunales civiles [22].

IV. LA CUESTION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hasta ahora hemos examinado los prenotados de la cuestión principal que queremos abordar. Es decir, en los caracteres relevantes de los derechos de la personalidad, el alcance de la libertad de expresión por la prensa sin censura previa y el denominado derecho de informar.

---

(17) ZANNONI. ob, cit.. pág. 14.

(18) CSN, in re "Vago c/ La Urraca", 19.11.91, JA 25.3.92, cons. 8.

(19) Tesis, entre otros de ZANNONI, "El factor de atribución de responsabilidad de los medios masivos de comunicación", en "Responsabilidad por Daños", Bs.As. 1990. t. II, págs.,1 y sigs.

(20) NOVOA MONREAL. ob. cit.

(21) v. PIZARRO. pág. 161 y sigs.

(22) CNCiv.. sala C. "WARZAWSKY c/ Editorial Sarmiento" 27.12.89. ED 138-455.

Vamos a ver ahora como puede quedar comprometida la responsabilidad civil del órgano de prensa, de acuerdo a los presupuestos tradicionalmente concebidos por la doctrina especializada en la materia. Esto es: conducta antijurídica, daño, relación de causalidad y factor de atribución.

1.- Conducta antijurídica

De acuerdo a lo expuesto la primera conducta antijurídica, es la de informar de manera no veraz.

La información no veraz (o inexacta) puede ser falsa o errónea. Según Bustamante Alsina, la información es falsa cuando es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea, sigue diciendo el mismo autor, cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad.

Después veremos cómo funcionan los factores de atribución, pero señalamos ab initio que a veces la información veraz puede dar lugar a responsabilidad civil. Así, cuando no se adoptan las precauciones necesarias para custodiar la intimidad u honor de las personas a las que se refiere la noticia. Ejemplo de este tipo de casos ha sido el que dio lugar a la causa "Campillay" resuelta por nuestra Corte Suprema de Justicia [(23)].

También puede darse la difusión de una noticia real pero que ha sido distorsionada, es decir que es presentada de alguna manera que pierde su esencia, al ser destacados elementos que no hacen necesariamente a la información de que se trata. Verbigracia, cuando se titula de manera engaños o escandalosa, destacando elementos accesorios o circunstanciales de la noticia. Un ejemplo de distorsión evidente fue el planteado en la causa "Sánchez Abelenda", en que se insertó una titulación en la primera plana que daba a entender que el sacerdote Sánchez Abelenda estaba complicado en una conspiración contra el gobierno nacional. Este caso también llegó a pronunciamiento de la Corte pero en la sentencia no se trató la responsabilidad civil del órgano de prensa, sino la posibilidad de ejercicio del derecho de rectificación en nuestro derecho [(24)].

En otro caso en que se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la Cámara Civil sostuvo que "el modo en que se traslada al público la información -sea ésta verdadera o falsa- atañe al deber de veracidad. Si ese modo hace inferir hechos distorsionados, acaso de modo sensacionalista o equívoco, o tergiversados, se infringe el mentado deber de ser veraz" [(25)].

---

(23) CSN. 15.5.86. LL 1986-C-406.

(24) CSN, 1.12.88, ED 131-547.

(25) CNCiv . sala A. in re "GUTIERREZ ARDAYA c/ Clarin S.A.", 7.7.86, LL 1986-D-379. voto del Dr. Eduardo A. ZANNONI.

Es claro que esta cuestión se vincula con la posibilidad de que la responsabilidad se atribuya no por razón de una contradicción formal del ordenamiento, sino por causa de un ejercicio abusivo del derecho de informar, materia que tratamos enseguida.

Finalmente, dado que hemos dicho que la noticia debe ser actual, puede señalar que a veces la noticia está distorsionada por su propia "inactualidad" [(26)] y con mayor razón si hace aparecer como firme una sentencia que no lo estaba (misma sentencia citada).

1.1. Antijuridicidad por violación a los derechos de la personalidad

En otro orden de ideas debemos señalar que las conductas antijurídicas de la prensa no se agotan en la difusión de noticias ofensivas o no veraces. En ocasiones, el agravio a la intimidad o a la imagen se producen por la publicación o difusión de hechos que hacen a la vida privada, o por la reproducción de la imagen de una persona en supuestos no autorizados. Ya hemos tenido oportunidad de tratar estas materias, remitimos a trabajos anteriores [(27)]

Ahora bien, según algunos autores, toda transgresión al honor, intimidad e imagen de la persona debe reputarse antijurídica, salvo que medie causa de justificación [(28)].

De donde resultaría antijurídica la conducta del órgano de prensa que a través de la difusión de una noticia causase un daño en la intimidad, honor o imagen del sujeto al que la noticia se refiere, salvo que mediase estado de necesidad, o existiese alguna razón que justifica la intromisión en la intimidad o el honor.

Según Zannoni el derecho a la intimidad constituye un límite externo del derecho de informar [(29)]. Y existe ejercicio abusivo del derecho de informar, cuando la difusión de la noticia importa una intromisión arbitraria en la intimidad, es decir, no justificada por los fines para los cuales la libertad de informar ha sido reconocida.

En nuestro criterio debe analizarse cuáles son las causas legítimas de intromisión en la intimidad: en general se ha señalado que son la perse-

---

(26) Caso WARZAWSKY, citado en nota 22.

(27) RIVERA, Julio Cesar "Hacia una protección absoluta de la imagen personal" Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional" N 1, pág 33; "El derecho a la Intimidad en la legislación y jurisprudencia comparadas"en "Derecho Civil- Parte General- Temas" bajo la dirección del autor, Bs. As. 1987, en particular pág. 167 y sigs.

(28) Agregado de PIZARRO, VALLESPINOS, CIFUENTES, BANCHIO, PARELLADA, KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros al despacho de las Jornadas de Responsabilidad en homenaje a BUSTAMANTE ALSINA.

(29) ZANNONI. ob. cit., pag. 14 y sigs.

cución del crimen, la tutela de la salud o moral publica, las conductas exigidas por el resguardo de la libertad de otros [30].

Así, llegamos al nudo de la cuestión y lo que impone la necesidad de una definición trascendente: ¿el derecho de informar en sí es o no una causa de justificación de la intromisión en la intimidad o afectación de la reputación de un sujeto.

Desde nuestro punto de vista sí lo es: si la noticia es veraz, es decir que responde a un acontecimiento efectivamente sucedido; es presentada de manera objetiva, sin distorsiones, y con las precauciones necesarias como para evitar que el daño a la intimidad o al honor sean acentuados; es de interés para el público; y es actual, entonces entendemos que la circunstancia de que la noticia afecte a la intimidad o al honor, no autoriza por ese solo hecho a calificar como ilícita a su difusión.

Ello así por cuanto, en principio, ambos derechos se encuentran en un mismo rango de protección constitucional, y es por ello que la sola circunstancia del ejercicio de uno de ellos en detrimento del otro no puede hacer ilícito aquel ejercicio.

De allí que no puedan establecerse reglas fijas, precisas o determinadas. En cada caso deberá examinarse cómo ha sido ejercido el derecho a la información, y si de él ha resultado una intromisión ilegítima o no en la intimidad o una afectación legítima o no a la reputación de la persona a la cual se refiere la noticia.

1.2. El abuso del derecho de informar

La cuestión de los límites externos del derecho de informar. dados por los derechos de la personalidad (intimidad, honor, imagen), que venimos de tratar, normalmente se resuelve en la práctica por la idea del abuso del derecho de informar.

Sin perjuicio de lo afirmado, es preciso puntualizar que ésta es una de las cuestiones que divide a la doctrina argentina; esto es, si la atribución de responsabilidad del órgano de prensa debe hacerse exclusivamente como consecuencia de una conducta antijurídica franca o expresa (violación dolosa del deber de informar verazmente), o si puede haber también atribución de responsabilidad por ejercicio abusivo del derecho de informar.

Señalamos al respecto que la mayor parte de la doctrina nacional abunda en consideraciones que argumentan la atribución de responsabilidad con fundamento en el abuso del derecho de informar [31]

---

(30) Anteproyecto CIFUENTES RIVERA; Convencion Europea de Derechos Humanos, art 6; recomendación de las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(31) RIVERA, "Derecho a la intimidad", LL 1980-D-912; Pizarro, ob. cit., # 35, pág. 166 y sigs.; criterio mayoritario de las Jornadas sobre Responsabilidad Civil, Bs,.As., 1990, con apoyo de

Y lo que es más importante aún, este criterio ha sido expresamente admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [32]. En ese caso se señaló que el ejercicio abusivo del derecho de informar emanó de la circunstancia que el órgano de prensa que difundió una noticia policial no adoptó las siguientes conductas: propalar la información atribuyéndola a su fuente, utilizar un término de verbo potencial o dejar en reserva la identidad de las personas a las que se refería la información.

Es sumamente trascendente este pronunciamiento, como lo destacaron todos sus comentaristas, no sólo por la admisión expresa del abuso del derecho, sino especialmente porque define un catálogo de conductas que debe seguir un órgano de prensa que transmite noticias de carácter policial o judicial, cuya omisión es susceptible de considerarse antijurídica por abuso del derecho de informar.

Numerosos tribunales inferiores han adoptado luego este criterio de la CSN [33].

1.3. Examen casuístico de la atribución de la responsabilidad por abuso del derecho

La Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional ha considerado que existe abuso del derecho de informar:

- por la publicación de la foto de un veterano líder político, durante su internación en una sala de terapia intensiva, con lo que se afectó el derecho a la intimidad de él y de su familia (caso Ponzetti de Balbín); casos idénticos prácticamente han sido fallados por los tribunales franceses y alemanes [34];
- por la publicación de un comunicado policial sin identificación de la fuente, por el que se atribuía la comisión de un delito sin la utilización de verbos en tiempo potencial [35];
- por la difusión en un programa de televisión de una nota en la que se atribuía a un empleado municipal estar cometiendo el delito de exacciones ilegales [36]

Estos criterios sentados por la Corte Suprema Nacional han sido seguidos por los Tribunales inferiores en múltiples oportunidades.

PIZARRO, RIVERA, VALLESPINOS, CIFUENTES, MOSSET ITURRASPE, BANCHIO, SAUX y otros.

(32) CSN, 15.5.86, in re "Campillay", LL 1986-C-406.

(33) v. la jurisprudencia cit. en Pizarro, ob. cit., nota 59 en pág. 221.

(34) v. PIZARRO, ob. cit., pág.

(35) CSN, 15.5.86, LL 1986-C-406.

(36) CSN. 12.3.87. LL 1987-B-267.

2.- El factor de atribución

Hemos dicho antes que el deber de veracidad constituye uno de los presupuestos del ejercicio del derecho de informar, y es presupuesto del derecho de recibir información.

Pero también anticipamos que la cuestión no se reduce -cuando entramos al campo de la responsabilidad civil- a esta afirmación, pues ella resulta insuficiente.

Se advierte cuando nos ponemos la cuestión siguiente: ¿la sola circunstancia de que la noticia sea objetivamente falsa, es suficiente para atribuir responsabilidad?; ¿el órgano de prensa puede excusar la difusión de una noticia objetivamente falsa en que no pudo comprobar la verdad de la misma?. En suma, la responsabilidad del órgano de prensa por la difusión de una noticia falsa: ¿es objetiva o requiere el dolo o la culpa consistente en no haber comprobado de manera razonable la verdad o falsedad de la noticia?

2.1. Criterio que propicia la responsabilidad objetiva

Un sector relevante de la doctrina nacional considera que la prensa debe comprobar la verdad de la información que difunde, y que la sola circunstancia de que ella resulte falsa, es suficiente para atribuir responsabilidad. Crea así un supuesto de responsabilidad objetiva, en el cual ningún rol cabe al dolo o la culpa, que se ha fundado en la calificación de la prensa como "actividad-riesgosa". con lo que encuentra sustento normativo en el art. 1113 Cód. Civil [37].

Esta tesis ha tenido algún apoyo en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil y en las Jornadas sobre Reponsabilidad Civil en homenaje a Bustamante Alsina, donde uno de los despachos minoritarios sostuvo que "La responsabilidad de los medios es objetiva y basada en la idea de riesgo creado. Los medios son responsables, en principio, por la veracidad de la información que publican. Deben por lo tanto, asumir el riesgo que representan posibles inexactitudes como una consecuencia propia de la actividad desplegada (votado por Cifuentes, Pizarro, Vallespinos, Banchio, Marquez, etc).

En apoyo de esta tesis, y replicando a las doctrinas subjetivistas, Pizarro afirma que estas últimas tienen el defecto de **trasladar el riesgo de posibles inexactitudes al protagonista de la noticia** [38]

(37) PIZARRO. ob. cit., pág. 257

(38) PIZARRO. ob. cit., pág. 159.

2.2. Criterio subjetivista

Otros autores, propician la atribución de responsabilidad siempre en base a un factor subjetivo de atribución: culpa o dolo (arts 902, 1109 y 1072 Cod. Civil); inclusive se ha distinguido la culpa para la información errónea y el dolo para la información falsa [(39)].

También encontró reflejo en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil, donde el despacho que fundó la responsabilidad en los factores subjetivos fue apoyado por Alterini, López Cabana, Tanzi, Suárez, Núñez, Ancarola, Vázquez Ferreyra y otros.

Como fundamento de esta tesis Zannoni arguye que si bien es cierto que la verdad es un valor absoluto de la información, el hallazgo de la verdad absoluta o exacta es muchas veces imposible. Pretender que la verdad coincide con la necesidad de verificar y en su caso probar que se trata de una verdad absoluta, condicionaría la difusión de la información, y de rondón, podría implicar la exclusión del derecho de informar cuando no exista la posibilidad de probar de forma completa la verdad de los hechos. De ahí que aun cuando la verdad es un límite interno del derecho de informar, de carácter objetivo, tal límite se conjuga con la referencia subjetiva [(40)].

2.3. Criterio que admite la aplicación del factor objetivo "abuso del derecho"

Algunos de los autores enrolados en la posición subjetivista, consideran que el daño puede ser atribuido como consecuencia de una conducta abusiva, con lo cual autorizan la aplicación residual del factor objetivo abuso del derecho (art. 1071 bis) [(41)]. Es decir que comprobada la antijuridicidad devenida del ejercicio abusivo, no es necesario que se acredite dolo o culpa del autor.

Este criterio ha tenido el expreso respaldo de la Corte Nacional en la causa Vago c/ La Urraca [(42)], en la que la Corte distingue la atribución por dolo respecto de la noticia falsa, de la atribución por culpa en la noticia errónea, y por abuso del derecho de información.

Así, en el cons. 10, la Corte ha dicho que "..si la prensa excede los límites que le son propios causa, sin derecho, perjuicio a los derechos individuales o personalísimos de otro, afectando su libertad individual, su dignidad, su vida privada e intimidad, y ha desconocido la esfera perso-

---

(39) BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. en nota 11.

(40) ZANNONI. ob. cit., pág. 17.

(41) ZANNONI. ob. cit. pág 23 y sigs; RIVERA, "Derecho a la intimidad y libertad de prensa. Un conflicto permanente", LL 1985-B-114.

(42) CSN, 19.11.01, JA 25.3.92.

nal, el derecho que tiene un hombre de pertenecerse por entero, **es responsable civil o penalmente del ejercicio abusivo de su derecho".**

2.4. La cuestión en la jurisprudencia nacional

Como hemos dicho antes la Corte Suprema Nacional ha establecido de manera clara y concreta que la atribución de responsabilidad al órgano de prensa puede hacerse por un factor subjetivo (culpa o dolo) o por ejercicio abusivo del derecho de informar (sentencias in re Ponzetti de Balbín y Campillay, ya citadas; ratificada en el caso "Vago", también citado).

2.5. La doctrina de la actual malice

Pero recientemente se ha traído una doctrina proveniente del derecho americano que incide directamente en la materia de los factores de atribución y en la resolución de otro importante tema, cual es la carga de la prueba de la conducta antijurídica.

Nos referimos a la doctrina de la **actual malice**, originada en la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de la sentencia recaída en "New York Times c/ Sullivan" (del año 1964), ratificada y ampliada posteriormente en otros ("Time Inc. v/ Hill", año 1967; Rosembloom c/ Metromedia, año 1971; y sustancialmente "Gertz c/ Roberts Welch", año 1974).

De acuerdo con esta doctrina se establece una distinción según que el aludido sea funcionario o servidor público en el ejercicio de su función, o un particular. Si el damnificado es un sujeto comprendido en la primera categoría, debe probar que el medio de prensa obró con dolo o negligencia grave, lo que en términos literales se expresa aludiendo a la malicia real o efectiva, que implica "**descuidada desconsideración acerca de si era falsa o no".**

En cambio, si el demandante es una persona privada, aludida en noticias falsas que no tienen relevancia pública o interés general, a él le basta probar el daño sufrido en razón de esas noticias, y al órgano de prensa le cabe probar que no actuó con negligencia.

Debe señalarse que la calificación de funcionario o servidor publico se ha ampliado considerablemente desde NYT c/ Sullivan; así:

- en Time Inc. se alude a cualquier información que se refiera a materias de interés público, es decir, todo aquello que interesa al público [(42) bis];
- en Rosembloom se alude a toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas;

---

(42) bis. Pero un divorcio, aun de personas ricas, no es asunto público.

– en Gertz también se aplicó la doctrina de Sullivan, pese a que se trataba de una persona no pública, porque se trataba de un asunto público [(42) ter]

Esta doctrina aparece recogida expresamente en dos de los votos vertidos en la causa Vago [(43)], al rechazar el recurso extraordinario contra la sentencia de la CNCiv. [(44)] que había desestimado la demanda dirigida por Jorge Vago. El actor fue considerado una "figura pública", calificación que le cabía por ser director de un semanario y haberse encontrado envuelto, a lo largo de su carrera profesional, en numerosas controversias que revestían interés público.

En ese fallo los votos aludidos sostuvieron que "la doctrina de la **real malicia**...procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés publico objeto de la información o de la crónica ... Se resuelve ... poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron **con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas...** su situación (se refiere a las personas públicas) los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa".

Desde nuestro punto de vista la adopción de la doctrina americana de la **actual malice** constituiría un singular retroceso en la lucha por el reconocimiento de la dignidad del hombre, y echaría por tierra la tarea de la jurisprudencia de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborada a partir del caso Ponzetti de Balbín.

En primer lugar, tal doctrina carece totalmente de apoyo normativo en el derecho argentino. Adviértase que el voto de la Dra. Luaces en la sentencia de la CNCiv., y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no tienen cita legal en la cual apoyen esta "agravación" de la culpa e inversión de la carga probatoria.

En segundo término, esta doctrina carece de toda relación con el derecho de la responsabilidad civil argentino. En efecto: la pretensión de que se demuestre una suerte de "culpa grave" del periodista o del órgano de prensa, es ajena a nuestro sistema que ha abandonado la "prestación de las culpas" desde la misma sanción del Código Civil (v. art. 512 y su nota).

Más aún, podría decirse que la doctrina de la **actual malice**, virtualmente abandona al factor de atribución culpa, debiendo acreditarse exclu-

(42) ter. Así falló la Corte de Apelaciones, pero la Corte Suprema Federal revocó el fallo.

(43) CSN. 19.11.,91, JA 25.3.92.

(44) CNCiv., sala A. J 1990-IV-512.

sivamente el dolo del periodista.

Por lo demás, modifica el sistema probatorio, en desmedro de la persona individual afectada. Si bien es la víctima quien debe, en principio, acreditar la culpa del victimario, lo cierto es que nuestro derecho viene enrolándose decididamente en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, conforme la cual es la parte que está en mejores condiciones de proveer la prueba quien corre el riesgo de su no suministración al Tribunal. Y es obvio que quien está en condiciones de proveer la prueba de sus afirmaciones, és el periodista o el órgano de prensa que ha dado a conocer la información falsa o errónea: él sabe, y sólo él, de donde la ha sacado; de otro modo, cómo hará la victima de la noticia falsa para demostrar que el periodista se la ha inventado, la ha elaborado con su propia y exclusiva imaginación.

La doctrina de la **actual malice** además echa por tierra, decíamos, la elaboración de la jurisprudencia de la Corte.

Desde Ponzetti de Balbín en adelante la Corte ha sostenido, con el acompañamiento de toda la doctrina nacional, que todas las personas físicas gozan del derecho a la intimidad, y naturalmente todas tienen derecho al respeto a su reputación.

La Corte viene ahora a desconocer esta doctrina al distinguir entre las personas físicas aquellas que son funcionarios públicos o simplemente "personas públicas". Adviértase que Vago no es funcionario público; simplemente es el director de un órgano de prensa y ha estado involucrado en controversias públicas.

Pero todavía es más preocupante que la Corte cite los precedentes posteriores a Sullivan, que ampliaron de manera notoria el concepto de "persona pública".

¿Querrá esto decir que de aquí en adelante la prensa puede informar de cualquier manera asuntos en los que intervengan funcionarios públicos, personas notorias, o sobre acontecimientos de interés público?

Si esto es así el derecho a la intimidad y a la honra han desaparecido en el derecho argentino.

Porque lo cierto es que normalmente los agravios a la intimidad y a la honra cometidos a través de la prensa, son dirigidos a estos sujetos. De allí que la jurisprudencia francesa afirme enfáticamente que la sola circunstancia de que se trate de un hombre público no autoriza ni justifica la intromisión en la vida privada [(45)]; y nuestra doctrina haya afirmado unánimemente que "Todos los hombres son titulares del derecho a la intimidad. La sola notoriedad no excluye este derecho" (recomendación unánime de las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983).

---

(45) v. entre otros: TGI Paris, 14.5.85, Dalloz 1986-52

Por otra parte, la tesis de la **actual malice** también echa por tierra la doctrina de la Corte acerca de la equivalencia de todos los derechos que están reconocidos en la Constitución Nacional y de su necesaria armonización. Augusto Morello dice que la **actual malice** hace presumir que en sí la publicación no es, como regla, lesionante del derecho a la intimidad o al honor. Y Zannoni apuntaba antes de la sentencia que "la razón ...residiría en que la libertad de expresión es preponderante sobre la protección de la personalidad en las personalidades públicas..." (con cita de Berdugo Gómez de la Torre) [46].

Finalmente, se trae al derecho nacional esta doctrina, pero se desconoce la aplicación de otros instrumentos del derecho americano, como el **discovery period** -etapa judicial previa en la que ambas partes deben ponerse recíprocamente a disposición todos los documentos, evidencias y demás elementos de que dispongan- sin la cual se apunta con acierto, la doctrina de Sullivan es inaplicable [47]; y por supuesto que en el derecho argentino no se aplican "daños punitivos", es decir indemnizaciones que no guardan relación con el daño acreditado, sino que constituyen una sanción para quien ha incurrido en una responsabilidad civil.

En síntesis; la aceptación de la doctrina preconizada por los dos votos aludidos importaría romper el equilibrio entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad espiritual. Y lo sería en favor del primero, lo que implicaría un inconstitucional desmedro de los derechos que son emanación de la personalidad individual.

Queda sólo esperar que esta doctrina, que en definitiva aparece votada por sólo dos jueces de la Corte, no haga camino y sea abandonada definitivamente.

3. La relación de causalidad

Se aplican en este punto los principios generales de la responsabilidad civil.

Simplemente acotaremos que la circunstancia de que el artículo o nota se hallen firmados por un periodista, no alcanza a eximir de responsabilidad al editor, quien responde por los hechos de su dependiente con fundamento en el art. 1113 [48].

4. El daño

El daño indemnizable es el daño moral, cuya existencia se presume

---

(46) ZANNONI, ob. cit., pag. 19.

(47) PIZARRO, ob. cit., pág. 227.

(48) Conf. CNCiv., sala C, 27.6.89, ED 26.2.90, fo. no. 42139.

por la sola circunstancia del agravio al honor o la intimidad [49].

En cuanto al daño material debe ser probado.

5. Las medidas cautelares. La denominada acción de inhibición

5.1. La doctrina nacional

La doctrina nacional, en seguimiento de los criterios homogéneos de la legislación, jurisprudencia y doctrina comparadas, es unánime en subrayar que en la materia de los derechos de la personalidad, han de concederse con amplitud las medidas cautelares tendientes a evitar la producción del daño amenazado [50].

De allí que se haya propiciado en todos esos certámenes científicos y en los proyectos de legislación existentes sobre la materia, el reconocimiento legislativo de la denominada "acción de inhibición", es decir la dirigida a obtener una medida judicial que impida la concreción de un hecho que pudiere afectar los derechos de la personalidad.

5.2. Derecho comparado

Es importante destacar que medidas como éstas, son admitidas de manera expresa por algunos Códigos contemporáneos, como el Código Civil suizo cuyo art. 28 a), inc. 1 (redacción de la ley sancionada el 16.12.83, vigente desde el 1.7.85), autoriza al afectado por un atentado a su personalidad a requerir al juez "prohibir un atentado ilícito si él es inminente"; concretándose la solución cautelar en el art. 28 c), conforme al cual aquél que justifica verosímilmente que es objeto de un atentado ilícito, inminente o actual, y que este atentado amenaza causarle un perjuicio difícilmente reparable, puede solicitar medidas provisionales, particularmente "Prohibir el atentado o hacerlo cesar a título provisional" (inc. 1).

Asimismo el Código Civil Portugués establece que "Independientemente de la responsabilidad civil a que haya lugar, la persona amenazada u ofendida puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el fin de evitar la consumación de la amenaza

---

(49) v. RIVERA. "El derecho a la intimidad..." cit: en nota 27.

(50) En este sentido las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mcdes., 1983; las IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983; CIFUENTES, SANTOS, "Derechos personalísimos. Sobre una ponencia elaborada como programa de posible legislación orgánica sobre la materia con algunas otras consideraciones", ED 106-773; IVas. Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil; "Anteproyecto de régimen integral de tutela de los Derechos Personalísimos" de SANTOS CIFUENTES y el autor de esta nota, publicado en ED 115-382; proyecto de ley de la diputada María Cristina GUZMAN, denominado "Estatuto de las libertades fundamentales de la persona".

o atenuar los efectos de la ofensa ya cometida" (art 70, inc 2).

Y en el derecho francés el art. 9 del Código Civil (redacción de la ley del 17 de julio de 1970) dispone en su segundo párrafo que: "Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido ordenar todas las medidas tales como secuestro, embargo y otros, apropiados para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden, si hay urgencia, ser ordenadas en réfere". De tal texto y de una sentencia de la Corte de Casación de 1963 (51), los tribunales han extraído la conclusión de que están autorizados para adoptar medidas tales como suprimir párrafos de libros, impedir la circulación de diarios y revistas, prohibir la exhibición de filmes cinematográficos, cuando a través de tales medios se causase un "atentado intolerable" al derecho a la vida privada (52).

En el derecho italiano la acción de inhibición se ha sostenido en el art. 700 del Código de Procedimientos Civiles. La doctrina y la jurisprudencia han tenido ciertas dudas en orden a la vigencia de la acción de inhibición respecto del honor, pero finalmente parece imponerse la tesis francamente positiva (53). Recientemente esta corriente vino a ser ratificada por una sentencia de Génova (54). Es interesante señalar que el comentarista de este pronunciamiento coincide con la doctrina argentina -y podríamos decir con toda la doctrina comparada- en que los remedios resarcitorios son insuficientes para una adecuada satisfacción de los daños causados a los derechos de la personalidad, afirmando que la tutela eficaz de estos derechos requiere una suerte de contemporaneidad entre el momento de la lesión y de la tutela que el juicio de conocimiento de ninguna manera asegura; agregando que si tales tipos de derechos debieran necesariamente permanecer insatisfechos durante el largo tiempo de un proceso de cognición ordinario, se verificaría casi siempre un perjuicio irreparable (55).

Es conveniente señalar que en algún caso los tribunales han impedido la impresión y venta de un libro (56), y otras numerosas sentencias han si-

---

(51) V. KAYSER, Pierre, "La protection de la vie privée", Paris - Aix en Provence 1984, num. 79, pág. 92

(52) V. el detalle de numerosos casos de la jurisprudencia francesa en RIVERA, Julio C.. "Derecho a la intimidad". en "Derecho de Daños. Homenaje al Prof. Jorge MOSSET ITURRASPE", Bs.As., 1989, págs. 359 y sigs.

(53) V, GARUTTI, Massimo, "Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica", Padova, 1985, pág. 146, con numerosas citas de la jurisprudencia italiana en la nota 21 de pág. 149.

(54) Pret. Genova, 8.3.91, en "La nuova Giurisprudenza Civile commentata" 1992-2-241.

(55) FRAU, Ricardo, "Provvedimenti d'urgenza e tutela della personalita", en el lugar citado en la nota precedente a partir de pág. 243.

(56) Pret. Napoli 7.1.84; se trataba del libro "The Vatican Connection", y el pronunciamiento cautelar se fundó en que el actor era presentado con una personalidad ambigua y en relación a episodios respecto de los cuales se había dictado una sentencia absolutoria no mencionada en el libro.

do dictadas admitiendo "proveimientos de urgencia" en orden a la tutela del honor o la identidad personal [57].

Por lo demás, cuando se trata de ofensas al honor provenientes de la prensa la Corte Constitucional ha establecido que de acuerdo al art. 21 de la Constitución, el secuestro de una publicación está sometido a dos requisitos: que a través de la publicación se cometa un delito y que por ese delito específico el secuestro sea autorizado por la ley sobre prensa [58]. De modo que se penetra en un ámbito distinto al de la responsabilidad civil que estamos abordando.

5.3. La jurisprudencia nacional

Recientemente se ha dado a conocer una sentencia que ha tenido especial trascendencia y que ha sido la dictada por la Cámara Federal Civil y Comercial, por su sala II, en la causa "Servini de Cubria, Maria Romilda s/ amparo" [59], por la que se dispuso como medida cautelar tuitiva del honor, que un canal de televisión se abstuviera de difundir escenas de un programa humorístico que aludían a la actora, quien es Juez Federal en lo Criminal.

Si bien este pronunciamiento ha tenido una repercusión notable, en particular en los medios de difusión, no es en realidad el primero, pues tiene varios antecedentes, aun cuando ellos no han sido publicados [59 bis].

Así, por sentencia del 1.8.90, el Juzgado Nacional de 1^{era} Instancia en lo Civil núm. 5 dispuso -en aras de la protección de la intimidad de una menor cuya historia estaba siendo develada en un noticioso de televisión capitalino- "el secuestro de las películas difundidas el día 9 de agosto de 1990, y **de toda otra que tuviere relación con el caso... fijándose una astreinte diaria de A...**". Al ordenarse el secuestro de la manera indicada se comprendía a películas aún no difundidas, y resulta interesante el criterio de fijar astreintes, como lo ha hecho la jurisprudencia francesa en algunos casos [60].

En sede criminal son conocidas decisiones judiciales que han tenido por objeto impedir la difusión de algunos films cinematográficos por la po-

---

(57) Así, por ejemplo, se ha admitido cuando se ha considerado que la interpretación de un debate judicial hecha en un programa televisivo afectaba el honor del actor: Prt. Roma, 5.2.80; y en materia de identidad política v. Pret. Torino 30.5.79 y Pret. Roma 7.5.74. Citados por GARUTTI, ob. y lug. cit. Estos y otros casos pueden verse también en la nota de FRAU antes citada.

(58) Sentencia del 9.7.70, cit. por GARUTTI, ob. cit., pág. 162 y sigs.

(59) Publicada en JA 1.7.92 con nota de Lozada y en ED 10.6.92, fo.no. 44276 con notas de VENTURA Y PORTELA.

(59 bis) A la fecha de esta publicación, ya la CSN ha revocado la decisión comentada.

(60) Sentencia dictada en autos "D., S.S., c/ D., O.A. y otros s/ tenencia de hijo".

sible comisión de ilícitos. Entre ellas, en 1era instancia en lo Criminal de Instrucción de la Capital, se prohibió la difusión del film Kindergarten, medida dictada como consecuencia de la denuncia promovida por los delitos de exhibiciones obscenas, abuso deshonesto y corrupción contra Jorge Armando Polacco y otros. Si bien tal medida fue revocada por contrario imperio por el Sr. Juez de Instrucción, lo cierto es que una medida similar se adoptó en la Justicia Civil de la Capital Federal en autos "S., L. y R., J. s/ protección de persona" (61). El fundamento explícito de este pronunciamiento ha sido la protección de la intimidad de los menores S. y R., ambos protagonistas del film, en el que en reiteradas escenas aparecerían desnudos y en situaciones tales que la exhibición del film -en el que usan su propio nombre para identificar al personaje- podría producir un daño en esa esfera de la personalidad tutelada por el art. 1071 bis.

Aunque no hemos podido obtener la sentencia, nos ha sido confirmado por el Sr. Juez titular del Juzgado Nacional de 1era Instancia en lo Civil de la Capital Federal, que en una causa seguida contra Editorial Perfil S.A., dispuso el secuestro de la revista "Libre" por incluir una nota que afectaba seriamente la intimidad y el honor de una señora, a la que incluso se calificaba de "prostituta"

Y finalmente en trabajo reciente Bustamante Alsina informa que un Juez Civil de la Capital Federal prohibió la difusión de una biografía no autorizada escrita por un periodista (62)

5.4. Juicio crítico

Personalmente nos sentimos decididamente inclinados a sostener la procedencia de medidas como las comentadas, pues compartimos el criterio de Pizarro, en el sentido de que en aras de la libertad de expresión no pueden inmolarse los derechos de la personalidad espiritual del sujeto (63).

Pero la cuestión sustancial que se plantea es si tales medidas resultan o no atentatorias de la Constitución Nacional que confiere el derecho de expresar el pensamiento por la prensa, sin censura previa; recordando que si en algo la Jurisprudencia de la Corte ha reconocido carácter abso-

(61) Pronunciamiento de la Sra. juez titular del Juzgado de Familia núm. 81, confirmada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil de la Capital Federal.

(62) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa", ED 16.7.92. Se refiere a la sentencia dictada por la Sra. Juez en lo Civil de la Capital Federal, Dra. Elisa DÍAZ DE VIVAR el 13 de enero de 1992, que impidió cautelarmente la publicación de una biografía de Amalia Lacroze de Fortabat escrita por un periodista llamado Juvenal.

(63) En su trabajo: "Detrás de las noticias (Acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación)", en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge BUSTAMANTE ALSINA, Bs.As. 1990, pág. 42 y sigs.

luto a tal libertad es en cuanto a la exención de toda forma de censura anterior a la publicación [64].

Pizarro afirma que el art. 14 de la Constitución Nacional se refiere a la difusión de las ideas por lo que cabría distinguir lo que es "opinión" o "critica", de lo que es difusión de noticias [65].

Sin embargo, tal criterio aparece frágil en razón de que la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica) dispone: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos a la reputación de los demás: b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública" [66].

Sin embargo, ello no representa necesariamente el rechazo absoluto de medidas cautelares que tengan por finalidad evitar la difusión de una noticia inexacta o agraviante.

Pero en cuanto al fundamento, caben algunas consideraciones.

Con relación a la noticia falsa o errónea, basta con la comprobación sumaria de la falsedad o error de la noticia que se ha de difundir; es que la veracidad constituye un límite interno del derecho de información, que hace que **la información de hechos no verdaderos no es propiamente información** [67], lo que lleva a sostener que el conflicto verdadero existe cuando se sobredimensiona la honra para impedir la información, o entre la honra y la **pseudoinformación**. De modo que el órgano de prensa no puede escudarse en la no censura previa cuando no se trata del ejercicio del derecho de información sino de la desinformación que no sólo viola la intimidad u honra del sujeto afectado, sino también el derecho de recibir información que corresponde a toda la comunidad.

Del mismo modo cuando se trate de noticias que exceden los otros límites internos de la información; verbigracia, la noticia no actual o carente de interés general. Esto legitima por ejemplo las medidas tendientes a evitar la difusión, comentarios o crónicas sobre hechos antiguos (como se ha reconocido en la jurisprudencia suiza y francesa); o noticias escandalo-

---

(64) Entre otros en el caso PONZETTI DE BALBIN, ya citado, voto del Dr. PETRACCHI.

(65) PIZARRO, "Detrás de las noticias...", citado

(66) Conf. VENTURA, nota citada

(67) SORIA. Carlos. ob. y lug. cit.

sas sobre cuestiones privadas, como la que diera lugar a la medida ya comentada del Juzgado Civil 5 de la Capital Federal.

En cuanto a las noticias agraviantes cabe tener en consideración que la misma Convención establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de su dignidad personal"; asegurando que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Pero también es cierto que el art. 13 dispone en su inc. 2 que el ejercicio del derecho de información no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores, "las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...".

De donde parecería que la Convención ha privilegiado la garantía de la no censura previa sobre el derecho a la reputación de las personas físicas. Es decir que no habría lugar a medidas precautorias impeditivas de publicación o difusión, cuando la noticia vulnerase los límites externos del derecho a la información. Supuesto en el qual sólo habría derecho a la indemnización de los daños causados y la publicación de la sentencia condenatoria.

Otra cuestión esta dada por la adopción de medidas cautelares respecto de actividades no informativas, sino artísticas, como ser programas de radio, televisión, obras cinematográficas o teatrales.

Al respecto la experiencia de la jurisprudencia europea es bastante significativa, pues se han admitido como ya se señaló- medidas impeditivas de la difusión.

Sin embargo, ello parecería encontrar en nuestro derecho un obstáculo de rango supranacional, pues el art. 13, inc. 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, dispone que "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2".

Con lo cual el marco legal de la acción de inhibición dirigida contra la difusión de noticias o actividades análogas, aparece, al menos en principio, reducido exclusivamente a la posibilidad de interdicción de la propalación de noticias que excedan los límites internos del derecho a la información: esto es, cuando se acredite sumariamente que la noticia que se ha de difundir es falsa, o errónea; o cuando ella es inactual y carece totalmente de interés para el público al cual se dirige la publicación.

Otra cuestión es la de la biografía no autorizada, la que hemos de abordar en otro trabajo.

EL CONCEPTO DE MUERTE ANTE EL DERECHO AL TRASPLANTE Y EL DERECHO HEREDITARIO

Prof. Hon. Ac. R. Limongi França
Titular de la Universidad de Sao Paulo (1)

I. CONCEPTO GENERICO DE MUERTE

1. Muerte y vida

Parece razonable decir que la muerte es la negación de la vida.

O lo *contrario* de la vida.

E, inclusive, la *ausencia* de la vida.

Algunos autores han afirmado que, bajo esas circunstancias, sería difícil definir o conceptuar la muerte, toda vez que la vida sería indefinible.

No pensamos así.

Aún más; consideramos que tal aseveración es un subterfugio de las personas que no valoran meditar o cuya vanidad las lleva a no comprometerse con alguna fórmula imprecisa o, como señalan, "no científica".

Sentado ello, lo cierto es que en materia de conocimiento humano todo es impreciso y provisional, sujeto a la crítica de mejores (o peores) pasos del precario "saber" humano.

Por otro lado, en lo que atañe a nuestro tema, cualquier persona, inclusive un niño, sabe cuándo alguien o un animal, un vegetal, está o deja de estar vivo.

Por consiguiente, ha de considerarse con la debida atención lo que dice el Prof. Wasserman, del Karl Bremer Hospital de la Universidad de Stellenbosch, del Africa del Sur, para quien la categoría de la vida sería una *actividad biológica, sociológica y psicológica que se expresa por un DINAMISMO, sostenido por procesos extrínsecos al organismo, ELEMENTOS NATURALES, y sustentado en factores extrínsecos adquiridos por la CULTURA* (Ver Daisy Gagliano, "Morte Encefálica", en "Revista de Direito Civil", 63, p.57-85, RT, 1993).

Luego, es posible deducir de ello un Concepto de muerte, el cual no sería otra cosa sino la *desintegración total e irreversible de aquel conjunto de hechos.*

---

(1) Traducción del portugués a cargo del Prof. Yuri Vega Mere.

2. Análisis de los elementos

Sin profundizar lo que respecta a los inconvenientes de la definición dada por la negativa, sería útil, antes que nada, descomponer con claridad los *elementos básicos* de aquellos hechos.

Así, son tales:

1. El *dinamismo*
2. la sustentación de ese dinamismo por *factores intrínsecos*
3. e, igualmente, por *factores extrínsecos*
4. la *desintegración* de ese dinamismo
5. la *totalidad* de la desintegración
6. la irreversibilidad
7. la *falta de factores espontáneos* de sustentación

Visto ello, es oportuno pasar al siguiente punto.

3. Concepto tradicional de Muerte

Para tomar como referencia un concepto tradicional de Muerte, vamos a detenernos en dos autores de los más autorizados de la Facultad de Medicina y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, los Profesores Almeida Junior y Costa Junior. Este último actualizó la obra del primero "Liçôes de Medicina Legal", en cuya 15 ed., 1978, p. 233, se lee que Muerte es el *estado del ser humano cuando ya no puede sobrevivir "POR SUS PROPIAS ENERGIAS", una vez que cesan los recursos médicos por "UN TIEMPO SUFICIENTE".*

Conforme a la lección de estos maestros, ello se evidencia cuando se ha comprobado el *"SILENCIO CEREBRAL" (a través del electro-encéfalograma, EEG), y también, simultáneamente, "el cese de la actividad respiratoria con carácter definitivo".*

Como se puede apreciar, existen ahí, igualmente, elementos relevantes que es importante resaltar para una mejor comprensión crítica de la materia.

4. Elementos

Esos elementos básicos parecen ser los siguientes:

1. energías *propias de la persona*
2. *cesación* del *cerebro*
3. lo mismo en cuanto a la *circulación*
4. y en cuanto a la *respiración*.

Algunas observaciones:

En primer lugar, es de señalarse que los autores refieren la paralización del cerebro en un momento anterior al de la respiración, lo que puede ser irrelevante y no tener un propósito específico.

Luego, de la comparación con el concepto de Vida de Wasserman, observamos que la referencia a la *energía* tiene correspondencia con el *dinamismo.*

Igualmente, la circunstancia de que esas energías sean *propias* tiene relación con los *elementos intrínsecos y extrínsecos* a los que alude el Profesor sudafricano.

A su turno, la *paralización* sería lo mismo que la *ausencia de dinamismo.*

Según la perspectiva de una visión conjunta del concepto, señalamos que la paralización (ausencia de dinamismo) concierne a tres sectores fundamentales: cerebro, aparato circulatorio y aparato respiratorio, y que, creemos nosotros, los respectivos *brakes* pueden no ser y *casi nunca son concomitantes.*

Por otro lado, con el debido respeto, ponderamos lo que pensamos son defectos en la definición propuesta por aquellos autores:

1. la falta de una referencia expresa a las distintas facetas de la Vida.
2. Ocurre lo mismo con lo que atañe a los elementos *extrínsecos*, que Wasserman denomina sociológicos y culturales, indispensables, por ejemplo, en la definición del *coma*, que es una especie de *premuerte.*
3. De otro lado, si bien comprensible como sesgo profesional, no nos parece esencial la referencia a los "recursos médicos" toda vez que, de modo general, los ahijados de Esculapio van, ellos mismos, despojándose de la preciosa herencia divina, pasando a servir a Mercurio en lugar de Apolo y caracterizándose por una ausencia siempre más desoladora.

   En la mayoría de los casos, en la cabecera del agonizante la presencia del Médico es una presencia querida, privilegiada, difícil, equívoca y no raramente inexistente.
4. Finalmente, parece que el verbo "sobrevivir" debe ser sustituido por "vivir".

Y he ahí la *Muerte* conceptuada, como no podía dejar de ser, por la idea de la *Vida.*

5. Conceptos que proponemos

Ab initio, de modo algo analítico, pedimos licencia para proponer que la Muerte:

es la desintegración del dinamismo vital,

- psicológico,
- biológico,
- sociológico,
- cultural,
- del individuo humano, en Derecho denominado persona (del latín *persona, ae*) de modo:
- *total* (paralización del *cerebro*, de la *respiración* y de la *circulación*, concomitante o no).
- e *irreversible* (sin considerar la llamada *vida residual celular* - "cuerpo caliente") y patentizadas -paralización total e irreversible- de modo *práctico* (legos), *clínico* (médicos) o *tecnológico* (especialistas en Tanatología, médicos o no).

A este concepto analítico corresponde, como armazón, un concepto sintético que, bajo inventario, resumiríamos así:

- *es la desintegración de los elementos del dinamismo intrínseco (psicológico y biológico) y extrínseco (de la vida de relación socio-cultural) del Individuo Humano (Persona), de modo total e irreversible.*

II. DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL Y UBICACION DEL PROBLEMA

1. Fin de la persona

El Código Civil Brasileño dispone en la primera parte del art. 10 que "La existencia de la persona natural termina con la muerte".

El Código del Perú, de 1984, por tanto uno de los más recientes ordenamientos de este género, reza la misma cosa: "La muerte pone fin a la persona".

Como ejemplo, aún de país andino, la edición de 1970 del Código Chileno (promulgado en 1855) trae en el art. 78 la disposición de que "La persona termina con la *muerte natural*". Al paso que, en las vertientes ribereñas del Mar del Plata, el Código de Vélez Sarsfield, de 1869, inspirado en el *"Esboço"* de Teixeira de Freitas, establece en el art. 103 que la existencia de las personas termina "por la muerte natural de ellas"

En la América Central, el Código de México, 1928, sigue una orienta-

ción un tanto diversa diciendo en el art. 22 que "La capacidad jurídica ... se pierde por la muerte" y, en el Caribe, el Código de Cuba, 1987, art. 24, dispone que: "La personalidad ... se extingue con la muerte".

Finalmente, en lo que atañe a los Códigos europeos, se ha excluido su referencia por cuanto, más allá de pequeñas variantes como las mencionadas, no presentan ninguna novedad, a despecho de los avances científicos de la materia.

2. Muerte y trasplante

Lo mismo ha de decirse, con relación a esos ordenamientos, en lo que respecta a la intercomunicación entre el tema de la muerte y el de la técnica de los trasplantes.

Por ejemplo, el Código Portugués, de 1967, no obstante la fecha de promulgación, y sobre todo la elevada autoridad de los jurisconsultos que elaboraran el proyecto, ha omitido totalmente el asunto.

En el Brasil, han sido promulgados despachos especializados en relación a la materia, cuya última posición se encuentra en la Ley No. 8.489, de 1992, sobre la "ablación y trasplante de tejidos, órganos y partes del cuerpo humano", así como en la Ley 8.501, del mismo año, sobre "utilización de cadáveres no reclamados"

Pero el Código más avanzado sobre el asunto es el del Perú, de 1984, en el cual, por obra de los preclaros civilistas que lo elaboraran, hay todo un excelente título sobre los "Derechos de la Persona" y, especialmente, en los artículos 8 y 10 preceptos claros, modernos y oportunos sobre la *disposición del cuerpo después de la muerte* (art. 8) y *disposición del cadáver por la entidad competente* (art. 10).

3. Muerte y herencia

El Código Civil Brasileño no tiene un dispositivo expreso en el cual se haya dicho que la herencia se transmite en el momento de la muerte del de *cuius*. Pero es evidente que ello se deduce de la interpretación sistemática de las "Disposiciones Generales" sobre la materia, arts. 1572-1577; lo que ha sido confirmado sin discrepancia por toda la Doctrina.

Precepto jurídico del Derecho de Gentes, pocos son, entretanto, los ordenamientos que, como el peruano, art. 660, disponen con ineludible claridad que "Desde el *momento de la muerte* de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores".

4. Otras disposiciones

Muchos otros preceptos de los Códigos, como de la legislación en general, están ligados o tienen como presupuesto el *momento de la muerte de*

la persona; tales como los concernientes a la conmorencia, a la declaración de muerte presunta, a la viudez, al cómputo de plazos, a la ejecución o inejecución de los contratos, a la patria potestad, a la responsabilidad civil, a la posesión, etc.

5. Ubicación del Problema

Para no adentrarnos de manera menos oportuna en toda esa hojarasca de los tan variados aspectos de la materia, hemos tenido a bien limitarla a dos vertientes: la del Derecho Hereditario, por ser sedimentado y razonablemente estable, al servir de patrón para un sinnúmero de otras disciplinas; y al Derecho al Trasplante, debido a que se trata de una de las más recientes ramas del Derecho de las Personas, en medio de la cual la novedad se junta al interés y a las soluciones de verdadera vanguardia jurídica.

Sentado esto, dados los avances de la Medicina y del Derecho, el concepto de Muerte a ser considerado ¿deberá ser el mismo para uno y otro caso?

En otras palabras, la muerte para el trasplante, ¿es la misma para la herencia?. En caso de no ser así, ¿cuál muerte se considera para la última y cuál para el primero?. ¿Ello deberá aparecer *expresamente* en los respectivos preceptos? En caso de ser así, ¿cómo deberá aparecer? ¿En *cuáles* preceptos?

Es ese el objeto de nuestra indagación.

III. PRESUPUESTOS DE LA SOLUCION DEL PROBLEMA (A)

1. Especies de muerte, según la lección tradicional

La Medicina común, la Medicina Legal y, por consecuencia, el Derecho anterior, presentaban, como todavía presentan, una clasificación de las especies de *Muerte* en la que la *Brain Death* aparece apenas accidentalmente, al lado de otras categorías, sin, ninguna relevancia.

Más usualmente han sido propuestos tres criterios, a saber, el de la *apariencia*, el de la *inmediatez* y el de la *violencia* (V. Almeida Jr. y Costa Jr., Op. cit. pág. 172 y sgts).

En cuanto a la *apariencia*, la Muerte puede ser, como dice el propio criterio, *aparente* o *efectiva*, siendo necesario no obviar la importancia del asunto en cuanto a las *falsas muertes*, en las que, a despecho de los elementos de apreciación en el sentido de si hubo deceso, la persona permanece viva. Más allá de las *falsas muertes aparentes*, en las cuales, al contrario, mostrándose *falsamente* muerto, el individuo realmente ha fallecido.

Del primer caso la literatura registra algunos como el del ahorcado descrito por el Dr. Sikor, de la Universidad de Raab. Y sobre el segundo ha de ejemplificarse con la catalepsia en la cual, no obstante la presencia de latidos cardiacos casi imperceptibles, la muerte es verdadera.

En cuanto al criterio de la *inmediatez*, la muerte *mediata* se opone a la *inmediata*, como acontece, para ilustrar el primer caso, con las personas que sobreviven aun horas después de tener perforado su corazón.

Finalmente, en cuanto atañe a la *violencia*, se distingue la Muerte *violenta* de la Muerte *natural*.

Esta última se suele subdividir en *patológica*, motivada por enfermedad, y *teratológica*, proveniente de defectos.

A su turno, la *violenta* se subdivide en *interna*, causada por *esfuerzo*, y *externa*, ocasionada por algún factor que está *fuera* de la persona.

La respectiva complejidad hace que, igualmente, se subdivida en *mecánica, física, química y psíquica*.

Como se ve, la *Muerte Psíquica*, en la clasificación tradicional, más allá de la irrelevancia, presenta sentido muy diferente de aquel en que se debe tomar la llamada *Brain Death* (del inglés, *brain* = cerebro y *death* = muerte).

2. Evolución de la Medicina de los Trasplantes

Corresponde a las últimas décadas el notable avance de la ingeniería quirúrgica y, particularmente, de los trasplantes de órganos.

No cupiéndonos el adentrarnos en el asunto, que de modo general los especialistas conocen mejor, deseamos señalar que escuchamos del Prof. *Zerbini*, de la Universidad de Sao Paulo, el testimonio de que, al inicio de sus estudios médicos, el corazón era tenido como un órgano inoperable y que, cuando se hicieron los primeros trasplantes, nadie sabía en lugar alguno el modo exacto de cómo el mencionado *órgano principal* reaccionaría sucesivamente en sus pormenores.

Desde entonces se ha producido un salto que ha llegado a un actual considerable número de trasplantes cardiacos seguidos de éxito, como también ha ocurrido con el pulmón, riñones, intestinos, piel, médula, ojos, etc.

La Vida parece haber caminado, por un momento, por la acera contraria a la del Derecho, pasando a exigir reglas que autorizacen expresamente aquellas prácticas, y al mismo tiempo que impidiesen abusos.

3. Los Derechos de la Personalidad, el Derecho al Cuerpo, el Derecho al Trasplante

De paso, señalamos que el Derecho nunca dejó de estar a la vanguar-

dia de la Vida.

Porque es una de las manifestaciones de la propia vida, en la parte que concierne a la inveterada cuestión de lo mío y de lo vuestro.

En suma, el Derecho Natural está en la médula de la Vida, y lo que se piensa que está en retraso no es ni inclusive el Derecho como Ciencia, sino la *Legislación* y, felizmente menos, la *Jurisprudencia* de los *Tribunales.*

Volviendo al objeto especifico del trabajo, y al mismo tiempo ilustrando nuestras afirmaciones, es útil esclarecer que la materia está ligada a los Derechos de la Personalidad y éstos, si no quisiéramos ir más lejos, se encontraban ya reconocidos en las *Actiones Injuriarum* del Derecho Romano (v. Rudolph Von Ihering, "Actio Injuriarum - Des Lésions Injurieuses en Droit Romain", trad. Meulenaere, Paris, 1888).

Diversificándose esos derechos según tres aspectos: Derecho a la integridad moral, a la integridad intelectual y a la integridad física, en medio de este último se inserta el derecho al cuerpo, vivo o muerto; y, a su vez, como desdoblamiento del derecho al cuerpo, el derecho al trasplante.

No es necesario decir que, a lo largo de estos veinte siglos de evolución, la materia fue definiéndose gradualmente, especialmente con el enfoque cristiano del Derecho y el fortalecimiento del Sujeto de Derecho (Caput) como *Persona* (Persona); con la contribución decisiva de los autores medievales; hasta, finalmente y con el advenimiento del moderno Derecho Científico, la definición precisa de los maestros alemanes, como GAREIS y Kohler, en la segunda mitad del siglo XIX.

A partir de 1940, con la publicación del nuevo Código Italiano, la Doctrina floreció, especialmente en la obra de *De Cupis* ("**I diritti della *personalità***") y, recientemente, en 1984, el Código del Perú brindó al Derecho Contemporáneo la más adecuada y completa regulación del asunto hasta el estadio actual.

En el Brasil, son resaltantes obras como las que atañen al Derecho de Autor de *Filadelfo Azevedo*, de los años 20, y al Derecho al Nombre, contribución de *Spencer Vampré*, de los años 30. Del mismo modo, contemporáneamente, sobresalen las obras de *Milton Fernandes* sobre el *Derecho a la Intimidad*; de *Silmara Chinelatto y Almeida*, sobre el *Concebido*; y de *Daisy Gagliano* sobre el *Derecho al cuerpo y al trasplante.*

Por nuestra parte, en los años 40, nos hicimos cargo de la "Proteçâo Possessoria dos Direitos Pessoais"; en los años 50 contribuimos con las 674 páginas de la monografía "Do nome Civil" (tres ediciones agotadas); en los años 60, con la clasificación general de los Derechos de la Personalidad, volumen 1o. de la 1era.ed. del "Manual do Direito Civil"; en los años 70, con el ensayo sobre la materia en general, publicado en la Revista dos Tribunais; y, recientemente, en la Enciclopedia Omeba, Apéndice,

Vol. III, la versión castellana de aquel trabajo, debidamente actualizado, hecha por el Prof. *Jorge Maiorano*, de la Universidad de Buenos Aires.

Con similares pasos, la legislación brasileña ha progresado mucho en cuanto a diversos aspectos de los Derechos de la Personalidad, resaltando las ya referidas leyes de 1992, sobre el Derecho al Trasplante.

4. Repercusiones en la clasificación y en la relevancia de la materia.

Viendo bien, esos avances de la Medicina y del Derecho, con relación a la materia, fueron la matriz que repercutiría tanto en la clasificación de las especies de Muerte como en la importancia de la distinción de las mismas para efectos de los trasplantes.

En efecto, esa técnica de perfeccionamiento o recuperación de la vida está íntimamente ligada al FACTOR TIEMPO - el *Time Factor* de los **Americanos** - al cabo del cual el trasplante es inviable

A su vez, para la manipulación útil de órganos y tejidos es necesario que no estén deteriorados, de donde el impasse entre esa necesidad y la otra necesidad -igual o inclusive mayor- concierne a la *Vida* de la persona donante.

De ahí la nueva importancia de la caracterización de la Muerte cuando la *debacle* es irreversible, encontrándose todavía los órganos y tejidos en condiciones técnicas de ser trasplantados, y que lleva a la búsqueda de un nuevo concepto de Muerte o, según otra perspectiva, *a la valorización de las primeras etapas de la Muerte* como suficientes para caracterizar a la misma Muerte como tal y, consecuentemente, como el fin de la Vida y de la condición de Persona.

Pasemos, por eso, a estudiar con mayor detenimiento y detalle lo que atañe al capítulo siguiente.

IV. PRESUPUESTOS (B)

PROCESO BIOLOGICO DE MORIR

1. Muerte: Momento y Proceso

En la medida en que, conforme se vió en el respectivo concepto, la Vida es dinamismo y la Muerte es la paralización de ese dinamismo, se concluye, luego, que la Muerte no se localiza en un *momento*, sino que se *desenvuelve* a lo largo de un *proceso*.

A este proceso corresponden etapas. Y a esas etapas una cronología, estudiada por el capítulo de la *Cronotanatología*, íntimamente ligada a la Medicina Legal y al Derecho en cuanto tal, dadas las repercusiones en la

cuestión de lo mío y de lo vuestro.

2. El Proceso Biológico de Morir

Avelino Medina (Apud *Gagliano*, Op. cit., p. 79), además de otros autores, describe adecuadamente ese *proceso biológico de morir*, el cual, por nuestra parte, basados en sus enseñanzas, desdoblamos así:

1. Cesación del funcionamiento del CORTEX.
2. Idem, en cuanto al TRONCO ENCEFALICO.
3. Idem, en cuanto a los MOVIMIENTOS RESPIRATORIOS ESPONTANEOS.
4. Idem, en cuanto a la ACTIVIDAD CARDIACA, TAMBIEN ESPONTANEA.
5. Idem, en cuanto A LAS OTRAS FUNCIONES, éstas de naturaleza VEGETATIVA.

3. Los Signos de la Muerte

Solamente cuando aquel proceso se cierra, o está a punto de cerrarse, a partir de la irreversibilidad, es que surgen los *signos* de la muerte.

O, al contrario, dependiendo de la perspectiva del observador, es sólo cuando esos signos aparecen que nos es dado saber si el proceso terminó, no siendo preciso decir que cada etapa de éste, presente naturalmente las respectivas evidencias.

Según la lección de *Almeida Jr. y Costa Jr.* (Op. cit.) tales evidencias son de cuatro géneros:

a) En cuanto al *aspecto* del cuerpo;

b) En cuanto a la *respiración*;

c) En cuanto a la *circulación*;

d) Relacionadas con fenómenos oculares.

Como se ve, desde luego tales averiguaciones se entienden de cerca con lo que respecta a las *etapas* del proceso, inclusive antes de ultimarse la Muerte (si, por cierto, averiguaciones subsecuentes atestiguan la presencia, todavía, de Vida).

Regresando al hilo principal del asunto, con relación al *aspecto del cuerpo*, hay una numerosa gama de elementos a considerarse.

De todos, el primero y más importante es el *semblante hipocrático*, llamado así porque ha sido Hipócrates el primero en describirlo.

Son diez sus principales características:

1. Frente arrugada;
2. Ojos huecos;

3. Nariz puntiaguda con orla ennegrecida;
4. Sienes deprimidas y arrugadas;
5. Orejas retraidas para arriba;
6. Labios suspendidos o colgantes;
7. Pómulos del rostro cóncavos;
8. Cuello arrugado y abarquillado;
9. Piel seca, -pálida o plúmbea;
10. Pelos de las fosas nasales y de las pestañas, o unos u otros, empolvados con polvo blanquecino.

He ahí la máscara irremediable de la Muerte, -de la conclusión del ciclo de la Vida y el fin de la Persona y del Sujeto de Derecho.

Otro aspecto del cuerpo, por sí mismo evidente, es la *inmovilidad*. Pero en cuanto a ésta es preciso considerar para los casos de muerte por enfermedades como el *cólera* y la *fiebre amarilla*, hipótesis en las que no es infrecuente que el cadáver se mueva por contracciones musculares y otras causas no ligadas a la sobrevivencia.

Del mismo modo, la inmovilidad, aunque con otras evidencias complementarias, como en ciertos *comas*, no implica por sí misma incidencia de Muerte.

Finalmente, en la Medicina Legal tradicional, como señal de Muerte en cuanto al *aspecto del cuerpo*, son de considerarse los relevantes fenómenos que comprende el relajamiento de los esfínteres.

Son básicamente cinco:

1. Dilatación de la *pupila*;
2. *Apertura* de los ojos;
3. Salida de *materias fecales*;
4. Presencia de esperma en la *uretra* o en el *flujo externo*;
5. Caída del *maxilar inferior*.

En lo referente a la *cesación de la respiración*, antes que nada debe comprobarse si se da de modo *prolongado*.

Y para la comprobación hay dos pruebas bastante antiguas: la del *espejo* y la de la *vela*.

La del espejo se efectúa anteponiéndolo a la nariz y la boca del posible difunto, dándose la comprobación si queda o no *empañado*.

La de la vela se hace de la misma manera para ver si la llama *vacila*.

No es necesario decir que se trata de dos métodos extremadamente sujetos a engaños, por diversos motivos, como el de la *causa diversa* o

existencia de respiración menos perceptible.

Con relación a la *cesación de la circulación* debe, desde luego, recurrirse a la *palpación de pulso* y a la *auscultación cardíaca*, siendo así que, para considerar la existencia de Muerte, se exigen por lo menos *cinco minutos* de paralización.

Estos métodos son, de ordinario, falibles, quedando apenas como confiable el recurso técnico del *electrocardiograma*, cuyas señales características permiten una lectura autorizada y en cierto modo definitiva de la extinción de la Vida.

Pasemos a los *fenómenos oculares*.

Según se puede notar, ellos se encuentran ya en el aspecto del *semblante hipocrático* (ojos huecos, etc.), en el relajamiento de los *esfínteres* (dilatación de la pupila, etc.), pero es tal el número de los respectivos signos específicos, como también la importancia que pueden presentar, que los estudiosos les han debido dar particular atención.

Así, además de lo que se ha visto ya, son de señalarse los siguientes elementos:

1. *Insensibilidad* del globo ocular y del párpado, al toque de (o con) los dedos;
2. *Atonicidad*, manifestada por la flacidez: ojos abiertos, no llegan a cerrarse;
3. *Alteraciones diversas*; *asimetría* y *excentricidad* de los ojos; *dilatación* y *retracción* posterior de la pupila, debido al *relajamiento del iris*;
4. *Depresión*, *flacidez* por pérdida de agua;
5. Aparición de *tela viscosa y quebradiza*; *empañamiento* por evaporación.

Deben notarse también los llamados *signos tardíos*, a saber:

1. Enfriamiento;
2. Livores o manchas hipostáticas debido a la ley de la gravedad;
3. Rigidez;
4. Putrefacción.

Finalmente, es útil señalar los signos especiales obtenidos con la *tecnología ordinaria*, indicados seguidamente:

1. *Cardiopuntura*;
2. *Arteriotomía*;
3. *Fluorescencia*, cuando muestra color amarillo;
4. *Acetato de plomo*, que ocasiona el ennegrecimiento del papel in-

troducido;

5. *Tornasol*, el cual de azul se vuelve rojo.

Mientras los dos últimos expedientes se consideran falibles, los dos primeros ofrecen peligro si la persona aún estaba viva.

Sobre todo el primero es, probablemente, de los más antiguos y usuales, pues lo vimos usar en el Calvario cuando el soldado romano atravesó con una lanza el corazón de Cristo.

4. La Cronología de la Muerte

A los *signos* de la muerte les corresponde una *cronología*, cuya secuencia muestra el camino que sigue el ser vivo, en este caso el Sujeto de Derecho, cuando va despidiéndose de la Vida y cerrando, de modo definitivo, el estado de Persona. Es lo que se denomina *crono-tanato-gnose.*

Básicamente, los autores registran como secuencias:

1. Cadáver *caliente*, sin rigidez ni livores: muerte de *una a dos horas*.
2. *Temperatura* bastante inferior a 37° C; maxilar inferior y nuca *rígidos*; manchas hipostáticas; *ausencia* de *manchas verdes*: muerte de un poco más de *ocho horas*.
3. *Temperatura fría*; rigidez y livores; *mancha verde* inicial: muerte de entre *veinte y treinta horas*.
4. *Desaparición de la rigidez*: muerte de *dos o tres días*.

Otros elementos deben ser considerados, algunos de ellos bastante variables de acuerdo con el tipo de ambiente, de modo particular el excesivo frío o el excesivo calor.

Así, son de tenerse en cuenta la putrefacción, la fauna cadavérica (al inicio moscas comunes, después moscas *verdes*), la momificación y la saponificación.

5. La Cronotanatognosis y el Momento de la Muerte

Como bien se puede apreciar, esa cronología no se confunde con el proceso biológico de morir.

Al contrario, corresponde a una fase en que las *postrimerías* (en el lenguaje bíblico) ya se consumaron, o, en otras palabras, en que el momento último ya se verificó. Mientras que, por otro lado, la Cronotanatognosis tiene como función práctica primordial exactamente el *determinar el mencionado momento de la muerte definitiva.*

En efecto, es a partir de entonces que tiene incidencia el término destinado a ser considerado por los diversos institutos jurídicos, en que *el momento de la muerte* constituye elemento de relevancia primordial.

V. TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO DE MUERTE

1. El nuevo significado de la Muerte Cerebral. Brain Death y Time Factor

Teniendo en cuenta los avances científicos en lo que concierne a los trasplantes, sea en el campo de la Medicina como en el del Derecho, la *Muerte Cerebral* (Brain Death), al lado de la *Muerte Definitiva,* pasa a tener particular relevancia.

Hasta hace poco ni siquiera aparecía como categoría específica en la clasificación de las *especies* de Muerte; pero no hay duda de que ante las nuevas circunstancias es necesario e indispensable definirla y analizarla.

Fue dentro de esa perspectiva que la Ciencia empezó a preocuparse, al principio, con las etapas del proceso biológico de morir; y, enseguida, con las etapas propias de la *Brain Death,* dada la estrecha ligazón con al *Time Factor*, o Factor Tiempo, es decir, aquel angustiado y angustioso *lapso dentro del cual la extracción de órganos es rigurosamente imposter-gable, a fin que sea viable el trasplante útil.*

En suma, la cruda realidad es la de que el cerebro debe estar muerto, mientras que los órganos deben estar todavía vivos.

De ahí la descripción hecha por *Medina* (apud *Daisy Gagliano*, op, cit.), corroborada por el acuerdo de los doctos, según la cual la *Brain Death* presenta dos momentos:

1. La cesación del funcionamiento del *Córtex.*
2. Igualmente con relación al *Tronco Encefálico*.

De donde deriva el concepto de *Muerte Cerebral* como "el daño irreversible, global, de todo el encéfalo, incluido en tronco encefálico, manteniéndose (sic) las actividades pulmonar y cardiovascular por procesos artificiales".

O, en palabras breves y nuestras, la *paralización del dinamismo del encéfalo de modo irreversible.*

2. Determinación de la Muerte Cerebral. La Muerte y el Coma

Nada menos que cinco son los signos exteriores que han sido indicados por los especialistas como reveladores de la Muerte Cerebral. Ello son:

1. Pérdida de la conciencia;
2. Ausencia de respiración espontánea;
3. Midríasis bilateral (dilatación de las pupilas);
4. Ausencia de reacción a la luz;
5. Trazado lineal del electroencefalograma (EEG) (Ver *Heleno Clau-*

dio Fragoso "Comentarios al Código Penal", vol. V, Rio, Forense, 1981; *Daisy Gagliano*, Op. cit.).

Colocados así los signos de la Muerte Cerebral, se torna visible distinguir con claridad este tipo de Muerte, de aquel que se denomina el *Coma*, el cual tiene que ver solamente con el primero de los signos antes indicados.

En efecto, en la información siempre adecuada de la Profesora *Daisy Gagliano*, eximia especialista en la materia, el Profesor *Avelino Medina* describe el fenómeno en análisis como "*la pérdida de la percepción del medio ambiente*, de la cual el paciente no puede ser despertado, el que se caracteriza por *ausencia de respuestas* o por la sobrevinencia de *respuestas inconexas*".

De nuestra parte, advertimos que la consideración médica de la aludida "pérdida completa de la percepción" se ha mostrado, no raramente, equívoca, ya sea en razón de vibraciones psicofísicas que los erráticos aparatos de la tecnología pueden dejar de registrar, ya sea inclusive -y sobre todo- debido al *elemento espiritual* de la persona, la cual puede estar conciente, no obstante la debacle de los elementos vitales aparentes.

En rigor, no obstante las dotes de las miles de unidades de terapia intensiva (UTI) y de la pretendida última palabra de las computadoras, el laudo médico sigue siendo *clínico* y no *técnico*; interpretativo y nunca definitivo, en términos absolutos.

Pero, sobre todo, lo que interesa en esta parte de la exposición es que el Coma, descrito de modo razonable por la Medicina (de los Doctos o de los Prácticos), ha de ser considerado apenas como *uno de los aspectos* de la *Brain Death*, cuya caracterización depende de la incidencia de signos distintos a los antes enumerados.

3. Muerte Cerebral y Muerte Encefálica

Evidentemente, desde el punto de vista del trasplante, hay gran interés en aumentar el lapso del *Time Factor*; en otras palabras, en contar con mayor tiempo en relación con la integridad del órgano que será trasplantado. No es necesario decir que esa circunstancia aumenta no sólo la posibilidad de su no perecimiento sino que también extiende el plazo dentro del cual quien realiza la operación se puede mover con mayor perfección técnica.

Pensamos que ha de haber sido principalmente en vista a ese objetivo que las pesquisas se dirigieron con el propósito de averiguar la existencia de las dos especies de Muerte Cerebral, a saber:

1. aquella en que se encuentran muertas *todas* las células cerebrales, de modo que abarca el *Córtex* o *Tronco*.
2. y aquella en que, muerto el Tronco, la actividad cortical sigue

manteniéndose.

La Medicina ha procurado esclarecer que, en tanto en la hipótesis de actividad tronco-cerebral residual es posible la reanimación, ello no acontece cuando, inactivo el referido Tronco, pueda persistir algún dinamismo en partes del Córtex.

Por ello se distingue la *Muerte de TODO EL CEREBRO*, que se encuadra en la primera hipótesis, de la *MUERTE DEL CEREBRO COMO UN TODO*, correspondiente a la segunda hipótesis.

Ambas serían Muertes Cerebrales, con la diferencia de que la primera, al tomar más tiempo, acorta el *Time Factor* y genera mayor virtualidad de perecimiento del órgano durante el trasplante.

VI. NUEVO CAPITULO EN LA CLASIFICACION DE LAS ESPECIES DE MUERTE

Esta materia la tratamos con particular realce, puesto que ella nos parece básica en relación a los nuevos avances no sólo de la Medicina sino también del Derecho, sobre el asunto.

Y es que, entre otros aspectos, en lo que atañe a la Muerte como *proceso* y como *momento* de incidencia de la ausencia de vida, seria útil considerar, por lo menos, *cuatro* categorías, las cuales serían:

1. Muerte encefálica;
2. Muerte cerebral;
3. Muerte clínica;
4. Muerte definitiva.

Muerte encefálica es la del Cerebro *como un todo*, cuya sobrevinencia se da desde el momento de la cesación del dinamismo del *TRONCO* cerebral.

Muerte cerebral es la de *todo el cerebro*, cuya sobrevinencia se da desde el momento de la cesación del dinamismo del Tronco pero también del *Córtex*.

Muerte clínica es la que se produce en el momento en que cesan todas las actividades, no sólo cerebrales sino también respiratorias y cardiovasculares no obstante la persistencia de alguna *VIDA RESIDUAL* en las llamadas *funciones* vegetativas.

Así se sostiene porque, en tales circunstancias, a pesar de un mínimo dinamismo en células y tejidos, no habría ninguna posibilidad de reversión.

Parece adecuada la observación de que ello se daría en el nivel de las

dos primeras etapas de la cronología de la Muerte, cuando el difunto todavía no tiene una temperatura por debajo de la del medio ambiente.

Por último, la *muerte definitiva* (total o integral) debe ser considerada a partir del momento de la desintegración final de los residuos vegetativos.

VII. CONCLUSION

1. Las especies de Muerte ante el Derecho al Trasplante y el Derecho Hereditario

Parece que dos cosas pueden quedar, desde luego, sentadas.

Primero, que la Muerte para los trasplantes no puede ser otra sino la *cerebral*, sin la cual la operación respectiva, en el nivel en que se encuentra la evolución de la Ciencia, no podría tener éxito.

Segundo, salta a los ojos la imposibilidad de adoptarse el mismo criterio para aquello que concierne a la sucesión hereditária.

No obstante, muchas cuestiones que quedan en el aire, como por ejemplo la que respecta a la especie de *Muerte cerebral* que debe ser tenida en consideración: la de *todo el cerebro* o la del *cerebro como un todo*.

Del mismo modo, en cuanto a la Muerte con relación a la Herencia, más allá de otros enfoques, habrá que optar entre la *Muerte Clínica* y la *Muerte Integral*.

2. La inclusión expresa de aquellos elementos en el texto del Código.

La simple alusión a la existencia de aquellos problemas preliminares sirven para mostrar que, en principio, *el Legislador todavía no está en condiciones de tomar partido*, ni tampoco para evitar indecisiones futuras de la Jurisprudencia.

Y es que persisten muchos presupuestos, los cuales, siendo de carácter médico, envuelven la opción del Jurisperito y aún más la del Poder Legislativo.

La Medicina, *al igual* que la Doctrina Jurídica, todavía debe madurar lo que respecta a la opción entre la Muerte Cerebral y la Muerte Encefálica, puesto que no se puede admitir que asuntos que se integran en un tema mayor, como es el del Derecho a la Vida y del respeto a la Inviolabilidad de la Persona, sean resueltos por *tendencias académicas* o por *mayoría de votos*, sin el respectivo debate preliminar.

Además, en estos asuntos todo sigue siempre en plena efervescencia y nadie puede asegurar de antemano que la Muerte Integral para efectos de

trasplante acarrée una hipótesis definitivamente inviable.

Por tanto, ningún jurista desconoce el significado de pretender petrificar asuntos en evolución en las rígidas y casi inamovibles fórmulas del Código Civil.

3. Lo que parece mejor que aparezca dentro del Código y cómo debe aparecer

La orientación que sería preciso adoptar parece ser, básicamente, aquella que nos viene desde el Período áureo de la Jurisprudencia Romana, en el que se ha dicho, como se ve en el último capítulo del Digesto, por la palabra del Jurisconsulto *Paulus*, que *Semper in obscuris, quod minimun est, sequimur* (D, 50, 17, 10).

Así, pensamos que, tanto en lo que respecta al trasplante como a la herencia, el Código debe permanecer abierto a fin de no impedir los grandes impulsos de la investigación y del progreso.

Pero una cosa debe quedar sentada, por tratarse de una indispensable toma de posición en cuanto a la inviolabilidad de la Persona Humana y a la protección del Sujeto de Derecho. Y es, precisamente, la que concierne a su fin, el cual debe coincidir en el campo del Derecho y en la esfera de la propia naturaleza.

Así, en la medida en que el Código Peruano preceptúa que "La muerte pone fin a la persona" parece que tenemos la obligación de sugerir que se diga: "La muerte *integral* pone fin a la persona" (art. 61)

PERSONAS JURIDICAS: PROPUESTAS DE ENMIENDA

Javier de Belaunde L. de R.
Prof. Universidad Católica del Perú

La presente exposición presenta la propuesta de modificaciones al Código Civil referidas al tratamiento de las personas jurídicas, hasta donde ha llegado la Comisión que bajo la presidencia del Dr. Carlos Fernández Sessarego ha venido revisando críticamente el Libro de Personas.

Previamente, haremos una breve presentación de las innovaciones que el Código Civil de 1984 introdujo en la materia; luego explicaremos el sentido de legislar sobre personas jurídicas en el Código para, finalmente, sustentar panorámicamente las modificaciones propuestas.

1. EL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.

La Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil de 1984 regula las personas jurídicas en dos partes. El Título I contiene las disposiciones generales y luego los Títulos II, III y IV legislan sobre personas jurídicas específicas: la asociación, la fundación y el comité.

Siguiendo la sistemática del Código, encontramos que la Sección Tercera del mismo libro legisla sobre la asociación, fundación y comité no inscritos. Es decir sobre organizaciones que siendo sujetos de derecho no son personas jurídicas, por no haber realizado el acto formal que permita su reconocimiento como tales. La Sección Cuarta admitió dentro del Código Civil a las comunidades campesinas y nativas; en estricto, otro tipo de personas jurídicas cuya importancia ancestral en la vida nacional está fuera de discusión, mas no la pertinencia de ser reguladas específicamente en el Código Civil.

Resulta de interés establecer el sentido del tratamiento legislativo precedente. Asumimos, más allá de la discusión doctrinaria que ha durado décadas, que las personas jurídicas son centros de imputación normativa, creaciones del derecho para que los seres humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el orden jurídico estima amparables; son pues, un instrumento de organización de la sociedad; por

ello, en todos los ámbitos de la vida social las encontramos sirviendo a este propósito. Desde el punto de vista jurídico son abstracciones, reducciones a la unidad.

1.1. Las "coordenadas" del tratamiento legislativo.

Con este término, queremos referirnos a las líneas generales presentes en la reforma que introdujo el Código Civil de 1984 en materia de personas jurídicas; se trata de innovaciones respecto del Código Civil anterior y que sucintamente puntualizaremos pues pueden ser útiles para encuadrar las propuestas que formulamos ahora, que pretenden no sólo enmendar errores o imperfecciones, sino introducir algunas regulaciones que tienen que ver con cambios producidos en la realidad social y a los cuales el derecho tiene que dar respuesta.

a) El Código Civil del 84 trae una primera parte de Disposiciones Generales que tienen una vocación, como es obvio, de generalidad, es decir, disposiciones que no solamente intentan servir a las personas jurídicas de derecho civil sino a todo tipo de personas jurídicas (Art. IX del Título Preliminar). Hay en estas disposiciones un manifiesto afán de síntesis, de eliminación de todo lo que podría considerarse artículos "doctrinarios". Así, son únicamente seis las Disposiciones Generales. Veremos luego como ello no se condice con el propósito de generalidad antes enunciado.

b) Luego el Código Civil regula personas jurídicas en concreto; no pretende regular todas las personas jurídicas, sino específicamente las personas jurídicas de derecho civil. Son aptas para realizar fines no lucrativos y se trata de la asociación, la fundación y el comité.

c) En materia de **asociaciones** el Código busca dar una mayor organicidad a la asociación civil; se quiso perfilar mejor las características de esta persona jurídica clásica del derecho civil. El Código de 1936 había sido en esta materia escueto y sus preocupaciones por la posibilidad de que las asociaciones civiles vulneren el orden público hizo que un tercio de las disposiciones del Código Civil del 36 estuvieran referidas -en materia de asociaciones- a su disolución; parecía pues un Código más preocupado en la muerte de la persona jurídica que en su funcionamiento y es que si revisamos las actas de la Comisión Revisora que dio origen al Código Civil del 36 vemos las enormes preocupaciones que transitaron por las mentes de los legisladores de entonces sobre la posibilidad de que las asociaciones civiles sirvieran para subvertir el orden público. El Código Civil del 84 tuvo una visión más positiva de la asociación civil e intentó regular y organizar mejor esta figura de persona jurídica, no obs-

tante mantener gran flexibilidad en su tratamiento.

d) Respecto a **fundaciones,** el Código Civil intentó regular mejor la figura de la fundación, que fue también una figura tratada con suspicacia en el año 1936; en este caso, el temor a las viejas vinculaciones hizo, inclusive, que se llegara a postular la supresión de la fundación. El Código Civil del 84, en primer lugar, incorpora a su seno un conjunto de disposiciones que se habían dado después de la dación del Código Civil del 36 y que fueron necesarias para regular mejor las fundaciones ante la insuficiencia del Código. El Código Civil del 84, incorpora, pues, una serie de normas dictadas en varios años de manera dispersa y que tienen que ver principalmente con el control de las fundaciones. Así, el Consejo Administrativo de Supervigilancia de Fundaciones había sido creado por Decreto Supremo en 1955. Pero, fundamentalmente en el Código vigente, hay un cambio de orientación en la fundación, la cual de alguna manera es socializada a través de su fin; ya no es posible la constitución de fundaciones simplemente para un fin especial, como decía el Código Civil del 36, sino que ahora tienen que ser constituídas para un fin de interés social.

e) Luego el Código Civil regula una nueva persona jurídica: **el comité.** En la ponencia del Dr. Fernández Sessarego sobre el Libro de Personas, y que es de la década del sesenta, la regulación legislativa del comité había sido considerada dentro de las llamadas organizaciones de hecho, pero sin darle un tratamiento como persona jurídica. El Código Civil del 84 avanza sobre esta posición para crear la figura del comité como una persona jurídica nueva, que participa del carácter asociativo de la asociación civil pero que difiere de ella y de la fundación en tanto se constituya para la recaudación pública de fondos para realizar una finalidad altruista.

f) El tratamiento de lo que un sector de la doctrina denominó las "personas jurídicas de hecho" es decir, más propiamente hablando, de sujetos de derecho, que reúnen todas las características para ser personas jurídicas, salvo una, el acto formal que los reconoce como tales. Es así como el Código Civil regula la figura de las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos y supera la vieja actitud de no dar tratamiento jurídico a asociaciones no inscritas. Con la asociación también se regula, lo cual es una novedad, la fundación y el comité no inscritos.

g) Otra "coordenada" se refiere al tratamiento de las comunidades campesinas y nativas, iniciativa a mi modo de ver, no muy feliz de la Comisión Revisora que, en contra de la opinión de la Co-

misión Reformadora, trató este tema dentro del Código Civil, cuando no solamente existe una regulación especial sobre este tipo de personas jurídicas, sino que, en estricto, pertenecen a una rama distinta, a lo que se conoce como derecho social. Este tratamiento de compromiso, motiva que sea bastante imperfecto. En el intento de trazar un marco, se incurre en una normatividad que no resulta útil y que incluso trae una norma abiertamente inconstitucional como es el Art. 135.

h) En materia de **sociedades civiles,** la opción final fue excluirlas del Código Civil, pasando su tratamiento específico a la Ley General de Sociedades. Se dilucidó así el debate previo entre quienes postulaban su mantenimiento en el Código Civil dentro del Libro de Contratos (como era en el Código del 36) y quienes consideraban su inclusión en el Libro de Personas (Proyecto de Comisión Revisora), con otros que estimaban la necesidad de unificar la figura de las sociedades de responsabilidad ilimitada fuera del Código Civil.

i) Finalmente, el Código Civil, si bien no en el Libro de Personas, sino en los de Registros Públicos y de Derecho Internacional Privado, trae un tratamiento específico de **las personas jurídicas constituidas en el extranjero,** diferenciando las que realizan actividades permanentes en el Perú, de aquellas que las ejecutan eventual o aisladamente (Arts. 2073 y 2029).

Estos son los lineamientos que estructuran el tratamiento de las personas jurídicas en nuestro Código Civil vigente.

1.2. El propósito de legislar en el Código Civil sobre Personas Jurídicas.

Como hemos afirmado, las personas jurídicas son instrumentos de organización social, y como tales están en manos del legislador como instrumentos de política jurídica para organizar la sociedad.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que para que una persona jurídica en concreto exista, por ejemplo la Asociación "X", la Sociedad Anónima "Y", o la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada "Z", hacen falta dos supuestos. De un lado, un conjunto de actos que concluyan con un acto formal que de nacimiento a dicha persona jurídica. Pero, de otro, ello supone previamente que el legislador haya previsto determinada figura de persona jurídica en la legislación. Así, si antes del año 1984 hubiéramos querido constituir como persona jurídica un comité en el Perú, tal como lo ha previsto el Código Civil, probablemente el registrador público se hubiera sorprendido por lo imaginativo de nuestra propuesta, pero no hubiéramos podido constituir el comité, porque no estaba en la le-

gislación. Si antes del año 1984 hubiéramos querido constituir una empresa de propiedad social, probablemente hubiéramos recibido la mismas expresiones por parte del registrador pero tampoco la hubiéramos podido constituir porque no preexistía en la legislación. Con esto simplemente quiero graficar que detrás de la incorporación de figuras de personas jurídicas a la legislación, siempre hay una opción política del legislador, el cual quiere hacer posible la organización de determinado tipo de actividades económicas o no a través de personas jurídicas y para ello las configura y define sus características.

Si nosotros revisamos lo que ha ocurrido en el Perú en los últimos veinticinco años, vemos que todas las reformas que se han dado en uno u otro sentido, han tenido como protagonistas siempre a personas jurídicas. Veamos, por ejemplo, qué ha ocurrido en el campo agrario; las sociedades anónimas fueron protagonistas de la organización agraria antes de 1969, fueron proscritas a partir de dicho año con la Ley de Reforma Agraria y sustituidas por figuras como las cooperativas agrarias de producción y las sociedades agrícolas de interés social, para luego, con un cambio de opción política del legislador, nuevamente darles cabida. En cualquier sector que hagamos esta revisión, encontramos a las personas jurídicas como instrumentos de la opción de organización social que se adopte políticamente. De allí su enorme importancia, su directa conexión con la vida social y la necesidad de estar atentos a los cambios de dicha vida social que permanentemente plantea al derecho nuevas exigencias de organización.

El Código ha regulado pues, a las personas jurídicas con un doble propósito. Las Disposiciones Generales, como hemos dicho, intentan ser pautas básicas, y las especiales, importan la configuración de determinadas personas jurídicas, en este caso, idóneas para brindar a las particulares opciones para organizar actividades no lucrativas.

2. PROPUESTAS PARA MODIFICAR EL CODIGO CIVIL.

2.1. Sobre las Disposiciones Generales

Siempre he considerado que había un problema con la concepción de las disposiciones generales, porque creo que la vocación de generalidad del Código no se ve materializada en el articulado. Hay un conjunto de temas vinculados a las personas jurídicas, desde su constitución hasta su fenecimiento que debieron estar tratados en las Disposiciones Generales por ser comunes a todo tipo de personas jurídicas, tanto a las personas jurídicas de derecho civil, como a las de derecho público, o a las de derecho mercantil, etc., y que por la naturaleza de estas cuestiones debieron estar reguladas en la parte general del Código Civil, y no lo están.

La Comisión ha compartido este punto de vista y ha decidido propo-

ner, junto con la modificación de algunos artículos existentes, la incorporación de nuevos artículos. Por ello la propuesta está dirigida a enriquecer esta parte general con normas aplicables a todas las personas jurídicas.

2.1.1. Modificación a artículos existentes. (1)

a) **Artículo 76.-** La propuesta más importante de modificación de este artículo, se refiere al segundo párrafo; se precisa que las personas jurídicas de derecho público interno se crean por ley y se remite su regulación legal a la legislación especial sobre la materia. Debe tenerse en cuenta que no es sólo la ley de creación la que rige dichas personas jurídicas, sino que existe una amplia legislación especial, sobre todo vinculada a la actividad empresarial del Estado.

b) **Artículo 77.-** La modificación más importante que se propone en este artículo, se refiere al tratamiento de los actos y contratos que los representantes de las personas jurídicas celebran antes de su inscripción en el Registro Público. Actualmente el Código exige, para que sean eficaces para la persona jurídica dichos actos y contratos, que ésta se inscriba y que con posterioridad estos actos y contratos sean ratificados dentro de los tres meses. De lo contrario, si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, son responsables ilimitada y solidariamente frente a terceros, quienes los hubieran celebrado.

El Código anterior no exigía esta ratificación posterior; bastaba la inscripción para que los efectos de ésta se retrotrajeran; había un efecto hacia atrás. El Código Civil de 1984 ha traído una solución que desde el punto de vista teórico parece ser perfecta. La fórmula del Código Civil de 1936 fue criticada entre otros juristas por el maestro José León Barandiarán, considerando impropio que se retrotrajeran los efectos de la inscripción cuando en estricto la persona jurídica no existía. El Código Civil incorporó en el artículo 77 una fórmula idéntica a la del art. 4to. de la Ley de Sociedades Mercantiles vigente entonces (hoy Ley General de Sociedades), exigiendo la ratificación posterior.

(1) Ver Propuesta normativa consignada al final.

Creemos que desde el punto de vista conceptual, la ratificación exigida puede ser perfecta, pero nos preocupa la vigencia social de esta norma, porque todos aquellos que hayan tenido alguna vez contacto con personas jurídicas que persiguen fines no lucrativos, como la asociación civil, habrán apreciado que muchas veces se llega a la inscripción en el Registro Público después de un esfuerzo enorme de todo tipo. Exigir después de esto una ratificación explícita, generalmente importa asesoría legal que la mayor parte de estas asociaciones civiles no tiene; en buena cuenta, en homenaje a la perfección teórica se ha consagrado una fórmula que puede tener complicaciones en la vigencia, en detrimento de los acreedores y de los mismos asociados e integrantes de la persona jurídica. Por ello, nos ha parecido importante que como norma general se vuelva a una solución que no exija la ratificación posterior. Es decir que el principio, para todas las personas jurídicas de derecho privado, sea que su constitución se da el día de su inscripción en el Registro Público, salvo disposición distinta de la ley, y que los actos y contratos celebrados antes de esta inscripción son eficaces para la persona jurídica en tanto y cuanto esta inscripción ocurra; es decir que, de alguna manera, los efectos de la inscripción se retrotraigan a los actos y contratos previos, dejando para la legislación especial, como puede ser el caso de la Ley General de Sociedades, la adopción de requisitos adicionales en razón de la naturaleza específica de la persona jurídica.

c) **Artículo 78.-** En el primer párrafo se ha hecho una precisión de interés conceptual. La persona jurídica es un sujeto de derecho distinto de quienes la integran. Se ha superado la afirmación de que tienen una existencia distinta. La propuesta pone énfasis en la distinción de esferas jurídicas de las personas jurídicas y de sus miembros como sujetos de derecho diferentes.

No obstante, el tema contenido en el segundo párrafo fue el centro de nuestro interés. Se trata de la regulación del tema de la **capacidad** de la persona jurídica. Dicho tema tuvo una suerte cambiante en el proceso de elaboración del Código Civil del 84. El Código Civil del 36 (Art. 43) establecía que las personas jurídicas tenían una capacidad vinculada al objeto de su constitución. Es lo que la doctrina denomina el principio de la especiali-

dad del fin, según el cual las personas jurídicas sólo tienen capacidad para actuar de acuerdo al objeto social para el cual se han constituido. Es decir, sólo pueden realizar aquellos actos y contratos vinculados a los fines de su institución. Así por ejemplo, una sociedad constituida con un objeto social centrado en la explotación minera no puede dedicarse a la prestación de servicios aeronáuticos, o una asociación civil dedicada a la investigación del derecho no puede pretender obtener una concesión minera.

Esto se debe a que hay una vinculación entre el objeto social y la capacidad de la persona jurídica. Esto lo decía claramente el Código Civil del 36 en dos artículos (Art. 42 y 43), y estuvo claramente formulado en la ponencia del Dr. Fernández Sessarego. Este es un artículo que misteriosamente, porque no se ha dado ni he encontrado explicación alguna, la Comisión Revisora eliminó de la versión final del Código Civil. Nos parece claro que esto no se debió a una variación de la opción legislativa; es decir el legislador no quiso que por el hecho de que una persona jurídica se constituya pueda realizar todo tipo de actos y contratos aunque no estén vinculados a su objeto social. En la práctica, el principio de especialidad sigue vigente porque la legislación sectorial viene exigiendo que la persona jurídica para realizar tal o cual actividad, deba haber sido constituida para ese propósito; pero esto no es lo ideal, por ello, se ha introducido un párrafo en el artículo 77 que establece cuál es la capacidad de obrar de la persona jurídica, vinculándola al objeto social de la misma, es decir, consagrando claramente el principio de la especialidad del fin, el cual no obstante debe entenderse de una manera elástica como una autorización a realizar todos los actos lícitos conducentes a la consecución de sus fines.

2.1.2. Propuesta de nuevos artículos [2]

Habiendo consenso en la necesidades de que el Código Civil en la parte general contenga normas básicas aplicables a todas las personas jurídicas, se ha previsto la incorporación de nuevos artículos.

---

(2) Como quiera que aún no se ha definido la manera de incorporar en la numeración los nuevos artículos, éstos se han signado con letras en orden alfabético.

a) **Artículo a.-** El nombre de la persona jurídica es fundamental para su individualización e identificación. Es elegido y establecido en el acto constitutivo. Como en el caso de las personas naturales el nombre de las personas jurídicas está protegido. Por ello se ha propuesto un artículo específico referido a la **denominación o razón social,** por considerar que técnicamente es más propio referir el nombre a la persona natural.

Se ha fijado como norma que una persona jurídica, ya sea de derecho público o de derecho privado, no podrá adoptar una denominación o razón social perteneciente a otra entidad ya reconocida. Tampoco podrá adoptar una expresión que induzca a error sobre su naturaleza (por ejemplo denominar sociedad a una asociación civil).

Las personas jurídicas tienen también un domicilio, entendido éste por el lugar donde la ley presume situada su administración. Es el centro de la vida social. Esta cuestión tiene una gran importancia práctica y nos ha parecido fundamental que se establezca en el instrumento de su constitución. Por razones técnicas se ha preferido denominar **sede** en lugar de domicilio, término que parece más idóneo para las personas naturales.

b) **Artículo b.-** El tema de la representación de la persona jurídica es un tema común a todas, por ello estimamos que los principios generales deben estar contenidos en el Código Civil.

El punto de partida es que las personas jurídicas tienen órganos donde se forma su voluntad. La organización de la persona jurídica contenida en su estatuto es, fundamentalmente, una definición de instancias donde la voluntad de la persona jurídica se forma válidamente. Las personas jurídicas para relacionarse y para expresar su voluntad externamente requieren de representantes, es decir de personas naturales que actúen a nombre de la persona jurídica, sustentando su actuación en una previa decisión del órgano competente.

En las personas jurídicas podemos encontrar tanto la representación forzosa o legal como la representación voluntaria. El representante legal es aquel señalado por la ley para que actúe a nombre de la persona jurídica. Además de esta representación, pueden existir representantes voluntarios con facultades amplias o restringidas.

El artículo propuesto establece que el representante legal es la persona designada por la ley y cuya actuación está destinada a satisfacer plenamente el goce de los derechos que tiene la persona jurídica en razón de su objeto social.

c) **Artículo c.-** Este artículo tiene dos párrafos. El primero quiere precisar el momento desde el cual surte efecto la modificación del estatuto y el nombramiento de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado (por ejemplo, la designación de integrantes del Consejo Directivo de una asociación), así como los representantes de la misma. Aclarando controversias prácticas suscitadas, se ha establecido que es la inscripción en los Registros Públicos lo que determina que surtan efecto, tanto internamente como frente a terceros, los actos referidos.

El segundo párrafo incorpora la modificación al artículo 2028 del Código Civil, producida por la Ley No. 25372. Se ha traído al seno del Código una disposición que existía para las sociedades, en virtud de norma expresa en la ley de la materia y que al no existir con carácter general, hacía exigible a las demás personas jurídicas el otorgamiento de escritura pública para la inscripción de poderes y nombramientos. Estimamos que la ratificación de esta norma y su incorporación a la parte general facilitará la regularización social de muchas personas jurídicas.

d) **Artículo d.-** El tema de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas ha merecido un gran debate doctrinario. No es la oportunidad ni el lugar de dar cuenta del mismo. No obstante, se quiere que nuestra legislación civil adopte una posición al respecto, ya que ni el Código Civil de 1936 ni el vigente han establecido explícitamente una norma que defina la responsabilidad de la persona jurídica por los actos ilícitos de sus representantes.

La jurisprudencia ha usado del artículo 1144 del Código Civil derogado y aplica el artículo 1981 del vigente, referido a la responsabilidad del principal por el daño causado por el dependiente, para establecer que las personas jurídicas son responsables de los daños causados por sus representantes en ejercicio o con ocasión de sus funciones. También la jurisprudencia ha definido en algunos casos que corresponde responder a la persona jurídica por los daños que una decisión adoptada por un órgano cause a un tercero. Nos parece de importancia recoger en la normatividad del Código las pautas jurisprudenciales antes señaladas.

e) **Artículo e.-** El Código Civil ha regulado el nacimiento de la persona jurídica tanto de derecho privado como de derecho público; sin embargo no ha establecido regulación alguna de carácter general sobre el fin de la personalidad. De manera poco sistemática hay normas sobre la disolución de las asociaciones

que, en estricto, se refieren a causales de disolución aplicables a todas las personas jurídicas de derecho privado. La propuesta intenta definir los efectos jurídicos de la disolución, diferenciándolos de la liquidación y extinción.

f) **Artículo f.-** A diferencia de lo que ocurre en otros países, en el Perú no ha existido una adecuada diferenciación de cuándo una persona jurídica es lucrativa y cuándo no lo es. El error consistió en pretender hacer esta diferencia en las actividades que realiza la persona jurídica y no en la vinculación miembros-persona jurídica.

Consideramos que el carácter lucrativo o no de la persona jurídica está definido en la relación entre sus integrantes y la misma. En las personas jurídicas lucrativas, sus miembros buscan en el desarrollo de la actividad común, la generación de excedentes con el propósito de dividirse entre sí las utilidades. Ello es característico, por ejemplo, de las sociedades. En las personas jurídicas no lucrativas, el excedente no puede estar destinado a la distribución entre sus integrantes; pero es preciso definir claramente que en las personas jurídicas no lucrativas, la actividad que éstas desarrollan no descarta la generación de excedentes. Casi parece indispensable que éstos se produzcan para que la persona jurídica pueda seguir existiendo. Lo que ocurre es que estos excedentes están destinados a mantener la realización del objeto social y no a la distribución directa o indirecta entre los miembros de la persona jurídica.

Consideramos que la propuesta formulada resulta necesaria como norma general para servir de pauta de interpretación y para aclarar una confusión muy arraigada en nuestro medio en muchos operadores del derecho.

g) **Artículo g.-** Sabemos que cuando nace una persona jurídica, además del surgimiento de un nuevo sujeto de derecho, se produce una distinción de esferas jurídicas entre la persona jurídica y sus miembros. El problema surge cuando la persona jurídica es utilizada para fines no sólo distintos a los que motivaron su constitución, sino claramente antijurídicos. Se trata del abuso de la personalidad jurídica para cometer fraude a la ley, fraude a los contratos, o fraude a terceros. La jurisprudencia en el Perú no tiene antecedentes de una creación de soluciones respecto a estas situaciones. En otros países, la jurisprudencia ha intentado solucionar el problema de abuso de la personalidad jurídica con la desestimación de la misma, dados determinados supuestos. Así, la jurisprudencia de otros países, al analizar un caso concreto y al establecer que la personalidad jurídi-

ca está sirviendo para configurar una situación de abuso de derecho, ha desestimado los efectos jurídicos del otorgamiento de la personalidad; ha "descorrido el velo de la personalidad" para dejar de lado la distinción de esferas jurídicas antes señalada e ir directamente a quienes integran la persona jurídica.

En el Perú no ha habido desarrollo jurisprudencial sobre esta materia. Algunas normas legales, no obstante, han previsto explícitamente la desestimación de la personalidad jurídica en determinados supuestos (quizás el ejemplo más claro está contenido en el artículo 18 de la antigua Ley General de Telecomunicaciones: D.L. No. 19020). Algunos trabajos académicos han planteado y estudiado el tema [(3)], sin embargo, nos parece de importancia dar base legal al juez para que en caso de abuso de la personalidad jurídica pueda desestimarla. A pesar de ello, somos conscientes de lo provisional de la redacción propuesta, la que intenta fundamentalmente introducir el tema a debate.

2.2. Sobre Asociaciones

Respecto a la Asociación Civil, hemos considerado la introducción de pocos cambios. Todos los propuestos están destinados a superar algunas deficiencias de redacción o a precisar cuestiones que la práctica aconseja.

La Asociación Civil es una figura muy usada y que en la práctica social tiene un uso muy versátil. Encontramos asociaciones civiles que importan agrupación de personas que si bien no buscan un beneficio económico, si pretenden beneficiarse con determinados servicios comunes (es el caso, por ejemplo, de los clubes sociales y deportivos). En los últimos años el surgimiento de las llamadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), canalizadoras de cooperación técnica internacional para actividades de investigación y promoción social, han encontrado en la asociación civil una figura idónea de organización jurídica. Encontramos una multiplicidad de ONG's aportando al conocimiento científico de la realidad peruana; en otros casos realizando actividades de promoción social y hasta obras de infraestructura. Muchas ONG's trabajan en lugares del territorio peruano donde casi no hay presencia del Estado. Su labor es estimable, pero desde el punto de vista jurídico podemos encontrar importantes diferencias con la asociación civil clásica, en tanto las ONG's fundamentalmente cumplen un objeto social que se realiza en actividades hacia

(3) Corresponde a Ricardo Marcenaro Frers el mérito de haber planteado por primera vez el tema de manera sistemática en 1973 en su tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú: "La desestimación de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales". Posteriormente Juan Espinoza Espinoza en su interesante trabajo "Estudios de derechos de las personas", Lima, 1990, se ocupa también del mismo.

terceros y con recursos que provienen fundamentalmente de donaciones con cargo.

En esa línea, nos parece conveniente que el Código Civil en materia de asociaciones sea simplemente un marco que permita la versatilidad organizativa que hoy existe y que, ciertamente, ha superado las previsiones de los legisladores. Las exigencias de organización planteadas desde la realidad social han encontrado en la asociación civil un instrumento versátil y eso nos parece positivo.

2.2.1 Modificación a artículos existentes.

a) **Artículo 80.-** Se propone la introducción de un segundo párrafo que es concordante con el artículo f propuesto en las Disposiciones Generales. Se trata de precisar la amplitud de la capacidad de la asociación.

b) **Artículo 81.-** La Comisión Revisora introdujo un segundo párrafo que ha motivado confusión; inclusive la expedición de una sentencia de la Corte Suprema claramente inconstitucional [(4)] al considerar que las asociaciones religiosas requieren para su constitución de autorización previa de la autoridad eclesiástica.

Ha primado el criterio de suprimir el segundo párrafo, aunque bien podría mantenerse con una redacción distinta, destinada a precisar un régimen de excepción para las órdenes religiosas que requieran para efectos de su actuación civil constituirse como asociaciones. El régimen de excepción estaría referido a su organización, ya que resulta difícil admitir que la jerarquía de los órganos previstos en el Código como obligatorios rijan la vida de tales organizaciones. Por ello, podría admitirse excepcionalmente que estas asociaciones tengan el régimen de organización que la autoridad eclesiástica les haya aprobado.

c) **Artículo 82.-** Se propone corregir la equivocada redacción del inciso 3 que genera la impresión de que en el estatuto de la asociación deben constar los bienes que integran su patrimonio.
De otro lado, se corrige la omisión existente y se establece que en el estatuto debe constar quién es el representante legal de la asociación civil (Norma concordante con lo establecido por el inciso 5 del art. 113 para el Comité).

d) **Artículo 84.-** En los estatutos de muchas asociaciones se ha previsto la inhabilitación de los asociados que no estén al día en sus cuotas. Ello parece lógico. Esta inhabilitación se traduce en

(4) El autor comentó el caso en "Justicia", No. 3, 1990: "Poder Judicial disuelve asociación religiosa".

una suspensión del ejercicio de determinados derechos. No obstante, por una falta de previsión legislativa, se han suscitado controversias sobre si tales disposiciones estatutarias son válidas. El añadido propuesto intenta aclarar esta cuestión, remitiendo al estatuto la posibilidad de establecer la inhabilitación de asociados y consecuentemente suspender el ejercicio del derecho a voz y voto en las asambleas.

e) **Artículo 87.-** Esta norma se ocupa del quórum y de la representación de los asociados. Durante la década precedente ha sido motivo de permanente duda el carácter de esta norma. Muchos han considerado que se trataba de una norma de orden público y que el estatuto no podía prever mayorías diferentes a las establecidas en este artículo. Otros han considerado que las normas de este artículo establecen mínimos y que era posible estatutariamente establecer mayorías más rigurosas.

La propuesta precisa la norma en el segundo sentido.

f) **Artículo 93.-** Se propone modificar la redacción a fin de evitar una interpretación confusa que lleve a suponer que los Consejos Directivos deben estar integrados necesariamente por asociados o que la responsabilidad alcanza únicamente a los integrantes del Consejo Directivo que son asociados.

Estimamos, en concordancia con la interpretación registral vigente, que pueden integrar el Consejo Directivo de Asociaciones, personas que no son asociados, al no existir en el Código una prohibición al respecto. Consideramos también que la responsabilidad a que alude el artículo, debe alcanzar a todos los integrantes del Consejo Directivo; no estimamos conveniente liberar de responsabilidad a quienes no son asociados. La redacción de la propuesta intenta estas precisiones.

g) **Artículo 98 bis.-** Se trata de una nueva versión del artículo 98, ya que como más adelante se explica, se está proponiendo un nuevo artículo sobre fusión de asociaciones que llevaría el número 98.

Queremos garantizar la desvinculación total de los asociados del patrimonio de la asociación. El Código Civil vigente avanzó en precisión respecto al Código Civil anterior, cuando dispuso que "disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, **con exclusión de los asociados...**". No obstante estimamos que dada la realidad actual de las asociaciones, mas aún tratándose en muchos casos de asociaciones que administran fondos donados por terceros, debe profundizarse la desvinculación patrimonial. Por ello, proponemos que necesariamente

la designación en el estatuto deba referirse a personas jurídicas que persigan fines análogos.

2.2.2. Propuesta de nuevo artículo

Se propone un nuevo artículo que se ordena como el artículo 98, el cual está destinado a precisar que las asociaciones civiles también pueden fusionarse, ya sea mediante la constitución de una nueva asociación o mediante la incorporación de una asociación a otra.

No existiendo una norma general sobre fusiones de personas jurídicas y estando tratado este tema en la Ley General de Sociedades, nos ha parecido de importancia regular específicamente la posibilidad de fusión de asociaciones ya que existe para ello las mismas razones que en el caso antes mencionado.

2.3. Sobre Fundaciones

La revisión del Capítulo sobre Fundaciones ha estado orientada por una constatación: en el Perú se constituyen pocas fundaciones. Si revisamos la constitución de personas jurídicas que persiguiendo un fin no lucrativo, buscan realizar, además, uno de interés social, vemos que la constitución de asociaciones para este propósito, supera largamente la constitución de fundaciones. Una explicación puede estar en la dotación patrimonial inicial requerida para constituir una fundación, pero consideramos que puede estar, también, en la situación en que quedan quienes la constituyen respecto a la persona jurídica. Como sabemos, en la asociación, éstos se integran como asociados; en la fundación el fundador o fundadores quedan fuera; una vez constituida la fundación son terceros.

Respecto a la propuesta sobre fundaciones, deseo destacar dos aspectos:

a) La distinción de las fundaciones mortis causa e intervivos.

b) La exigencia de un estatuto y de una organización más formal.

Refiriéndome someramente a ellos, cabe precisar lo siguiente:

a) Estimamos que la configuración de la fundación como persona jurídica no alienta el uso de esta figura para fines de interés social. Al dejar fuera a los fundadores, la fundación por escritura pública desalienta su uso. Quienes van a constituir una persona jurídica para desarrollar una actividad de interés social pueden querer que eso lo hagan otros; la fundación será funcional en ese caso. Pero lo más común es que quien desea desarrollar ese objeto social no desee quedar totalmente fuera. Aquí está el problema. Nuestra legislación, como la mayor parte de la legislación compa-

rada, trata a la fundación mortis causa y a la fundación intervivos de manera similar. La única diferencia se hace para regular su constitución: la fundación intervivos por escritura pública, la fundación mortis causa por testamento. Pero estimamos que, en realidad, esto no debe ser tratado únicamente como dos maneras distintas de constituir fundaciones, sino como la regulación de dos fundaciones que pueden ser diferentes.

Que el fundador quede fuera de la fundación constituida por testamento es obvio; que ante su ausencia deba definirse quién controla a los administradores, también; pero en la fundación constituida por escritura pública, intervivos, ¿porqué dejar totalmente fuera al fundador?

Si apreciamos el tratamiento que nuestra legislación brinda a la fundación, vemos que éste está pensado para la fundación mortis causa. Salvo la diferencia ya anotada que se hace para indicar las formas de constitución, las normas sobre la vida de la fundación, suponen que el fundador ya no está. El problema consiste - a nuestro entender - en no percibir que en la fundación intervivos no hay las mismas razones para desplazar totalmente cuestiones, tales como el control, al Estado, cuando hay interesados vivos: los fundadores.

Por ello, la propuesta intenta proponer un tratamiento diferenciado a las fundaciones intervivos y a las fundaciones mortis causa.

Se prevé (artículo 103 y artículo 103 bis) que en las fundaciones que se constituyan por escritura pública pueda existir un órgano, el Consejo de Fundación integrado por el fundador o fundadores. Su existencia es opcional, librada a la determinación voluntaria de quienes constituyan la fundación. Las funciones precisadas intentan dar cabida a los fundadores vivos en el control de los órganos administrativos y en algunos aspectos de importancia en la vida fundacional.

Estimamos que una solución de esta naturaleza, puede alentar la constitución de fundaciones, ya que de esta manera los fundadores podrán tener vínculo con la vida fundacional.

En el artículo 103 se ha previsto que los fundadores puedan integrar la Junta de Administración, lo que en la actualidad se admite. Para evitar que se desvirtúe el propósito del Consejo de Fundación, se ha establecido una participación excluyente: el fundador que integre el Consejo de Fundación, no podrá integrar la Junta de Administración u otro órgano.

b) El Código Civil es poco sistemático respecto a la organización de la fundación. Se propone el artículo 102 para que de modo similar

a lo establecido para otras personas jurídicas, se establezca taxativamente el contenido del estatuto de la fundación. Consideramos que ello será útil para que la organización de las fundaciones quede mejor y más claramente establecida.

Respecto a fundaciones, presentamos el tema hasta donde los trabajos de la Comisión han producido textos aprobados. Aún hay aspectos importantes que han quedado en debate de la propuesta que hemos presentado. También ha quedado par aprobación la propuesta de sustitución del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones por una Superintendencia.

La composición funciones y atribuciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ha sido motivo de permanente polémica. Lamentablemente la historia del Consejo no muestra a un organismo público particularmente operante. Por ello, a propuesta de su actual presidente, el Dr. Yuri Vega Mere, la Comisión considera la sustitución de este organismo público dependiente del Ministerio de Justicia por una Superintendencia que podría contemplar la participación de las mismas fundaciones.

ENMIENDAS A LA SECCION SEGUNDA DEL LIBRO PRIMERO: PERSONAS JURIDICAS (*)

Artículo 76º.- La constitución, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determina por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

Las personas jurídicas de derecho público interno se crean por ley. Se rigen por su legislación especial y por las disposiciones del presente Código en lo que fuere pertinente.

Artículo 77º.- La persona jurídica de derecho privado queda cconstituída el día de su inscripción en el registro público respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción, está subordinada a este requisito.

Si la persona jurídica no se constituye, quienes hubieran realizado actos en nombre de ella son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Artículo 78º.- La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de los miembros que la integran, por lo que ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

La persona jurídica para el cumplimiento de sus fines, tiene los derechos y puede contraer las obligaciones que no son inherentes a la condición de la persona natural.

Artículo a.- La persona jurídica será designada por la denominación o razón social que exprese su instrumento de constitución, en el cual deberá también señalarse su sede.

Ninguna persona jurídica de derecho público o de derecho privado podrá adoptar una denominación o razón social igual a la de una persona jurídica preexistente. Tampoco podrá adoptar termino o expresión alguna que induzca a error sobre la naturaleza de la persona jurídica.

Artículo b.- La representación de la persona jurídica corresponde a quien establezca, para cada caso, el presente Código, la ley correspondiente y el instrumento de constitución. Los representantes legales pueden celebrar todos los actos y contratos inherentes al cumplimiento del objeto social de la persona jurídica, con las limitaciones establecidas por la ley y el estatuto.

(*) Las propuestas de enmienda han sido elaboradas por la Comisión integrada por los profesores Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, Javier de BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, Carlos Enrique BECERRA PALOMINO, Yuri VEGA MERE, Víctor GUEVARA PEZO, Juan MORALES GODO y Juan ESPINOZA ESPINOZA

Es aplicable a la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 161 y 162.

Artículo c.- La modificación del estatuto, el nombramiento de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado y de sus representantes, surten efecto desde su inscripción en el registro del lugar de su sede.

Para la inscripción de los nombramientos referidos en este artículo y los poderes que otorgue la persona jurídica, bastará copia certificada notarial de la parte pertinente del acta respectiva.

Artículo d.- La persona jurídica responde civilmente por los daños y perjuicios que sus representantes causen a terceros en el ejercicio de sus funciones o en el cumplimiento de acuerdos adoptados por sus órganos.

Artículo e.- La disolución de la persona jurídica no suprime su calidad de sujeto de derecho, la que subsiste hasta el término de la liquidación, restringiendo su capacidad a los fines de ésta.

Artículo f.- La persona jurídica tiene fin lucrativo cuando el propósito de su constitución es la división entre sus integrantes de las utilidades. La persona jurídica no lucrativa excluye del propósito de su constitución la distribución de excedentes, los que tienen como destino la realización del objeto social, así como el acceso al haber neto resultante, en caso de disolución.

Artículo g.- El juez, en caso de abuso de la personalidad jurídica o fraude a la ley, puede desestimar la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica y, si fuera el caso, responsabilizar a sus miembros, directores o administradores, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar.

TITULO II
ASOCIACION

Artículo 80º.- La asociación es una organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que persigue un fin no lucrativo.

La asociación puede adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de cualquier índole y realizar todo tipo de actividades lícitas encaminadas a la consecución de sus fines.

Artículo 81°.- Para el efecto de su inscripción en el registro respectivo, el acto de constitución y el estatuto deben constar por escritura pública salvo disposición distinta de la ley.

Artículo 82º.- El Estatuto de la asociación debe expresar:

1. La denominación.
2. Sus fines.
3. El patrimonio social.

4. La designación del representante legal

5. (El inc. 4, corriendo la numeración de los siguientes).

Artículo 83º.- (nuevo párrafo insertado como tercero, sin modificar ninguno de los existentes). Debe también llevar libros de registros contables.

Artículo 84º.- La asamblea general es el órgano supremo de la asociación. El ejercicio del derecho a voz y voto corresponde a los asociados hábiles de acuerdo al Estatuto.

Artículo 87º.- Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados hábiles. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados hábiles que asistan y que representen no menos de la décima parte.

El estatuto puede establecer requisitos para el quórum y la adopción de acuerdos que importen la concurrencia de un mayor número de asociados hábiles.

Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.

La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.

Artículo 93º.- Quienes desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.

Artículo 98º.- Las asociaciones pueden fusionarse, mediante la constitución de una nueva asociación que asuma totalmente el patrimonio de dos o más asociaciones, las que se disuelven sin liquidarse, o mediante la incorporación de una o más asociaciones en otra existente, disolviéndose aquellas sin liquidarse y asumiendo la asociación incorporante la totalidad del patrimonio de las otras asociaciones.

Artículo 98 bis.- Disuelta la asociación y concluida la liquidación el haber neto resultante es entregado a una o varias personas jurídicas designadas en el estatuto que persiguen fines análogos. De no ser posible la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines similares en interés de la comunidad, dándose preferencia a la persona jurídica de la provincia donde tuvo su sede la asociación.

TITULO III
FUNDACION

Artículo 99º.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante el aporte de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

Artículo 100º.- La fundación intervivos se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas, naturales o jurídicas indistintamente. La fundación mortis causa se constituye por testamento.

La facultad de revocar el acto constitutivo de la fundación no es transmisible. Una vez inscrito es irrevocable.

Artículo 101º.- El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se aportan, su estatuto y la designación de los integrantes de los órganos de la misma.

El registrador de personas jurídicas debe enviar a la Superintendencia de Fundaciones el título de constitución que careciere de algunos de los requisitos señalados en el párrafo anterior.

Artículo 102º.- El estatuto de la fundación debe expresar:

1. La denominación.
2. Sus fines.
3. Los bienes que integran el patrimonio de la fundación.
4. El régimen administrativo y económico.
5. La composición de la Junta de Administración y las normas para designar a sus miembros, las causas de cese y el procedimiento para sustituirlos.
6. La constitución y funcionamiento de los demás órganos.
7. La designación del representante legal.
8. La demás disposiciones que los fundadores establezcan.

Artículo 103º.- Corresponde a la Junta de Administración cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes que integran el patrimonio de la fundación.

Pueden ser designados miembros de la Junta de Administración personas naturales como jurídicas. En este último caso estas deberán nombrar a la persona natural que las represente.

En las fundaciones que se constituya el Consejo de Fundación, los fundadores que lo integren no podrán formar parte de la Junta de Administración ni de ningún órgano.

Artículo 103 bis.- En las fundaciones que se constituyan por escritura pública, podrá haber un Consejo de Fundación integrado por el funda-

dor o fundadores. Sus decisiones se adoptan por el voto unánime de los miembros, salvo que el estatuto disponga lo contrario.

El Consejo de Fundación tiene las siguientes facultades:

a.- Vigilar que las actividades de la fundación se adecúen a sus fines.

b.- Solicitar la intervención de la Superintendencia de Fundaciones cuando las circunstancias lo requieran.

c.- Proponer a la Junta de Administración la remoción de las personas que desempeñen funciones gerenciales, así como proponer a la Superintendencia de Fundaciones la remoción de los miembros de la Junta de Administración.

d.- Solicitar a la Superintendencia de Fundaciones la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos cuando el patrimonio resulte notoriamente excesivo para la finalidad instituída o proponer su modificación cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99 o devenga imposible la finalidad original.

e.- Proponer a la Superintendencia de Fundaciones la fusión o disolución de la fundación cuando el patrimonio no resulte suficiente para el cumplimiento de sus fines.

f.- Opinar sobre los asuntos que le sean sometidos a consulta por los órganos de la fundación.

ACTO JURIDICO: PROPUESTAS DE ENMIENDA

Lizardo Taboada Cordova
Profesor Universidad de Lima
y Universidad Católica

El objeto de la presente exposición es dar a conocer las principales propuestas de enmiendas planteadas con relación al Libro II del Código Civil sobre el Acto Jurídico, a los diez años de su vigencia. En primer término, debemos señalar que nuestra evaluación sobre dicho libro del código civil, en términos generales, es bastante positiva, entendiendo que se trata de un libro bien concebido y adecuadamente elaborado, por cuanto en el mismo encontramos reguladas de manera acertada todas las figuras relacionadas con la Teoría General del Negocio Jurídico, como categoría jurídica abstracta, que sirve de modelo o paradigma lógico, para el estudio y la regulación sistemática de todas las figuras particulares de negocios jurídicos, sean o no contratos, evitando así repeticiones innecesarias. Sin embargo, nos ha parecido desde siempre, que el Libro II del Código Civil carece fundamentalmente de una regulación adecuada de los supuestos de divergencia entre voluntad interna y voluntad declarada, como la Reserva Mental, la Declaración Hecha en Broma y el Error en la Declaración, por cuanto no se aprecia del conjunto de sus normas con claridad la opción legal, principista, por alguna de las grandes orientaciones sobre la problemática del negocio jurídico, en relación con el valor de la voluntad y la declaración. Del mismo modo, siempre hemos considerado que el tratamiento legal dado a la Simulación como al error vicio es confuso e insuficiente, no sólo por no haber tomado con claridad el código civil una posición sobre la naturaleza jurídica de la simulación, sino también por existir mucha confusión en las normas dedicadas al error como vicio de la voluntad, al no precisarse los requisitos del error como causal de anulabilidad y al regularse con desorden las diferentes figuras de error esencial. En tercer lugar, el código civil, en su regulación actual, no precisa los casos en los cuales no existe una manifestación de voluntad, lo cual nos parece poco conveniente, teniendo en cuenta que se trata de una de las principales causales de nulidad. Asimismo, en materia de Invalidez la categoría de la Nulidad Virtual no se encuentra, en nuestro concepto, debidamente regulada, originando confusiones en nuestro medio sobre la posibilidad de admitir o no la figura de la Inexistencia.

5º En Quinto lugar, el Código civil no contiene, desde nuestro punto de vista, los elementos necesarios para poder construir en nuestro medio una doctrina de la causa del negocio jurídico, que sea adecuadamente utilizada por nuestra jurisprudencia, como sucede en la mayor parte de los sistemas jurídicos del Civil Law, donde la causa se ha constituido desde siempre en instrumento legal para privar de efectos jurídicos todos aquellos negocios que tengan un contenido inmoral o ilícito, a pesar de haberse respetado las formalidades y los tipos legales.

6To. Finalmente, y en este caso estamos frente a la carencia legal más grave, nuestro código civil contiene una regulación deficiente respecto de la interpretación del negocio jurídico, a pesar de la enorme importancia de este aspecto, fundamentalmente de aplicación al ámbito de los Contratos.

Pues bien, nuestra exposición del día de hoy buscará tratar todos estos temas y la manera como, desde nuestro particular punto de vista, todos los defectos legales antes enumerados, deberían ser corregidos. Para ello, expondremos las propuestas al Libro II sobre el Acto Jurídico en dichos aspectos, siguiendo, para mayor claridad, el siguiente orden:

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 141º.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se transmite oralmente, por escrito o por cualquier otro medio convencional. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia y contenido.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el sujeto formula protesta o declaración en contrario.

Se considera que falta la manifestación de voluntad:

1.- Cuando el sujeto la emite privado de discernimiento por una causa pasajera.

2.- Cuando se emite con propósito no vinculante.

3.- Cuando se emite bajo violencia física sobre el sujeto.

Son irrelevantes las reservas mentales y las intenciones no declaradas.

Como se podrá apreciar, el aporte fundamental de la propuesta radica, además de haber buscado aclarar los conceptos de manifestación de voluntad expresa y tácita, señalándose de la manera más clara posible la opción legal por la teoría objetiva, en haber agregado al artículo 141 los supuestos en los cuales no existe una declaración de voluntad, como el de

la manifestación de voluntad emitida en estado de Incapacidad Natural, en que el sujeto se encuentra privado de discernimiento por una causa pasajera, existiendo únicamente en apariencia una declaración de voluntad por faltar justamente la Voluntad de Declarar. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en el articulado actual que no se ocupa del tema, la propuesta establece claramente que la Declaración Hecha en Broma constituye uno de los supuestos en los que no existe manifestación de voluntad por no existir propósito serio o vinculante. Finalmente, y esto constituye un cambio radical respecto de la regulación actual, el artículo bajo comentario dispone expresamente que la Violencia Física es un supuesto en el que no hay una manifestación de voluntad y no un vicio de la voluntad como se establece en el código actualmente, en el entendimiento que no se puede asimilar el tratamiento de la violencia física al de la violencia moral o intimidación, por tratarse en un caso de una ausencia total de voluntad y en el otro caso de un verdadero vicio de la voluntad.

LA INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO

Con relación al tema de la interpretación del negocio jurídico, el cual se encuentra, en nuestro concepto, deficientemente regulado en el artículado actual, hemos considerado una propuesta de siete artículos, orientados todos ellos a establecer con claridad un sistema declaracionista de interpretación de las declaraciones de voluntad, señalando los pasos a seguir cuando exista conflicto sobre el significado o sentido del contenido negocial. Además de ello, hemos buscado utilizar términos que permitan la construcción legal adecuada del concepto de causa en nuestro sistema jurídico, que la ha reconocido expresamente como elemento del negocio jurídico, bajo la denominación legal de "fin lícito" y que en la propuesta recibe los nombres indistintos de "finalidad", "naturaleza del acto" y de "propósito evidenciado", según se explicará al detalle posteriormente cuando se comente cada uno de los artículos que la conforman. En tercer lugar, hemos buscado señalar, con esta propuesta de interpretación, y con otras ya examinadas y con las que se analizarán posteriormente, la orientación del código respecto de la doctrina general del negocio jurídico, habida cuenta que de ella dependerá la solución que el legislador deba conceder a las diversas figuras dentro de la disciplina negocial. En tal sentido, nuestra intención es precisar que la orientación del código es el principio declaracionista, pero utilizando como mecanismo o instrumento adicional la teoría de la confianza.

Pues bien, luego de estas premisas generales, debemos proceder a comentar, muy brevemente, los artículos que conforman nuestra propuesta sobre la interpretación del acto jurídico.

ARTICULO PRIMERO.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él, atendiendo al propósito evidenciado del sujeto o los sujetos, sin limitarse al sentido literal de los términos empleados. Son irrelevantes las intenciones no declaradas u ocultas.

El Artículo Primero de la propuesta está inspirado en el Artículo 168 del Código Civil actual y recoge al igual que éste último, en forma bastante clara que no admite duda alguna, el principio declaracionista en materia de interpretación del Acto Jurídico. Como es sabido, en materia de negocio jurídico (y por ende en el ámbito de nuestro acto jurídico) existen dos grandes orientaciones conceptuales sobre la relación entre la voluntad y la declaración: el Voluntarismo que dispone que cualquier tipo de discrepancia entre ambas voluntades debe ser causal de nulidad, pues lo fundamental en materia negocial es que los sujetos regulen sus propios intereses entre sí sobre la base de su voluntad interna, siendo ésta lo único importante al ser la declaración únicamente el vehículo a través del cual debe expresarse la voluntad interna o voluntad real del sujeto y el Declaracionismo, que a diferencia del voluntarismo, no le da ningún valor a la voluntad interna de los sujetos, considerando que lo único importante y relevante jurídicamente son sus voluntades declaradas, por cuanto el ordenamiento jurídico sólo puede proteger las autorregulaciones de intereses privados, cuando las mismas resulten de voluntades declaradas o manifestadas. Estas dos orientaciones a la vez que representan posiciones principistas en materia negocial, en el sentido de iluminar toda una orientación u otra sobre la naturaleza del negocio jurídico, han sido utilizadas no sólo para elaborar y resolver problemas de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, específicamente los supuestos de la reserva mental, simulación, declaración hecha en broma y del error obstativo o error en la declaración, sino también para establecer pautas o sistemas de interpretación del negocio jurídico, entre otros problemas fundamentales de la teoría general del negocio jurídico. En tal sentido, dentro de la amplísima doctrina sobre la interpretación negocial encontramos dos tendencias bastantes bien definidas: la Voluntarista y la Declaracionista. La posición voluntarista sostiene que por ser la voluntad interna lo fundamental en materia negocial, al momento de interpretar un negocio debe buscarse determinar la voluntad interna del sujeto o los sujetos que hubieren celebrado el negocio jurídico, lo que significa, en última instancia, que interpretar un negocio es conocer la voluntad interna de los sujetos, a fin de poder entender las voluntades declaradas. Para esta primera orientación, sólo la voluntad interna puede indicarnos el sentido que debe atribuírsele a la voluntad declarada, de manera tal que cuando exista duda sobre el sentido de esta última voluntad, habrá que acudir necesariamente a la voluntad interna para poder descubrir su verdadero significado. Por el contrario, el declaracionismo, teniendo como premisa funda-

mental que lo único importante en materia negocial es lo manifestado o declarado, considera que interpretar un negocio es exclusivamente determinar el significado de las voluntades declaradas, es decir, de las declaraciones de voluntad, no teniendo ninguna relevancia conocer o averiguar lo que el sujeto o los sujetos hubiesen querido o deseado internamente. El significado de la declaración o declaraciones de voluntad no se determina sobre la base de lo querido internamente por el sujeto o los sujetos declarantes, sino sobre lo expresado, entendiéndose por lo expresado no únicamente lo que resulte del conjunto del sentido literal de los términos empleados o utilizados, sino también todo aquello que revele el verdadero propósito de los sujetos al celebrar el negocio jurídico. Para el declaracionismo sí es de trascendental importancia conocer lo que el sujeto o los sujetos hubiesen deseado, pero siempre y cuando este deseo o propósito práctico se hubiere evidenciado, es decir, se hubiere exteriorizado a través de la declaración de voluntad y de todas las circunstancias en las cuales se hubiere emitido. Como resulta evidente, la diferencia entre el voluntarismo y el declaracionismo en materia de interpretación del negocio es total, pues mientras el voluntarismo apunta a descubrir lo que se ha querido internamente, el declaracionismo busca conocer lo que el sujeto o los sujetos han declarado desear como su voluntad o propósito práctico.

Con independencia de la legitimidad en asumir una u otra teoría, se considera que la elección debe estar fundamentada en una cuestión de principios, relativa a la concepción general que se tenga sobre el negocio jurídico, según se ha indicado antes, de forma tal que si se cree en el voluntarismo, nuestros mismos postulados iniciales nos llevarán al voluntarismo en materia de interpretación, mientras que si se admite que el declaracionismo es la orientación que nos da una idea cabal y completa del fenómeno negocial, no habrá duda alguna tampoco en aceptar esta misma orientación en materia de interpretación. Sobre el particular, hemos considerado siempre, desde nuestra posición sobre la teoría general del negocio jurídico, que el declaracionismo, entendido de manera moderada sin extremismos, es la posición conceptual que nos permite examinar y entender mejor el problema del negocio jurídico, pues en nuestro concepto no cabe duda alguna que en esencia el negocio jurídico es voluntad declarada y por ende propósito práctico evidenciado, en razón que únicamente lo declarado es lo que produce los efectos jurídicos, que son concedidos justamente por el ordenamiento jurídico a las declaraciones de voluntad privadas, que cumplan con los requisitos establecidos por la ley para la validez de los negocios jurídicos (negocio jurídico que nuestro Código ha preferido seguir denominado acto jurídico por razones de tradición jurídico de nuestro medio). Por ello hay unanimidad en aceptar el criterio declaracionista en materia de interpretación del negocio jurídico, al igual que sucede con el Artículo 168 del actual Código Civil, según se ha indicado líneas arriba.

Entender el declaracionismo de manera moderada, significa que no se

puede aceptar totalmente la premisa original de esta orientación, en el sentido que ningún caso de discrepancia pueda causar la nulidad del negocio, sino admitir como premisa fundamental que lo único relevante en el ámbito negocial es lo declarado o manifestado y que sólo en algunas circunstancias excepcionales, pueda atenderse a lo querido internamente para invalidar el negocio cuando exista discrepancia con lo manifestado. En este último aspecto nos adherimos al criterio de la Confianza como principio moderador y regulador de las soluciones exageradas a las que nos conduce el declaracionismo. Criterio de la Confianza, que en el ámbito de la interpretación del negocio, nos conduce al principio o criterio de la buena fe, según se examinará posteriormente al comentar otro artículo del presente proyecto.

Por las razones expuestas anteriormente, hemos considerado conveniente mantener el principio declaracionista del actual Código Civil consagrado en su Artículo 168 y es por ello que el primer artículo del proyecto que estamos comentando inicia su enunciado, señalando como lo hace el actual 168 que: "El Acto Jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en el ..." Sin embargo, se ha considerado conveniente agregar la siguiente frase: "Atendiendo al propósito evidenciado del sujeto o los sujetos, sin limitarse al sentido literal de los términos empleados". Este agregado se ha contemplado en el texto de nuestro artículo, para clarificar el concepto de voluntad declarada y del mismo modo la noción de lo que constituye el objeto de la interpretación negocial, por cuanto es fundamental entender que la voluntad declarada no es sino el propósito evidenciado de los sujetos que no siempre se desprende únicamente del sentido literal del conjunto de los términos empleados en la declaración, sino también del conjunto de circunstancias dentro de las cuales se declaró la voluntad. Por esta razón, nos ha parecido conveniente señalar con toda precisión, que no le debe bastar al intérprete con examinar el sentido literal de los términos empleados al interpretar un negocio, sino que además de ello es necesario averiguar cual ha sido el propósito evidenciado que ha determinado a los sujetos a celebrar el negocio.

En los siguientes artículos del proyecto, se irán estableciendo con presición todos los criterios que nos servirán para determinar el propósito evidenciado de los sujetos.

Finalmente, y con el objeto de precisar aún más el sistema declaracionista del proyecto que no acepta la voluntad interna, sino únicamente la voluntad declarada o el propósito evidenciado, se ha considerado conveniente señalar de manera absoluta que la voluntad interna es irrelevante en materia de interpretación negocial, añadiendo de manera lacónica que: "son irrelevantes las intenciones no declaradas u ocultas".

De esa forma, y a diferencia de lo que acontece con el articulado del código civil actual, que no se pronuncia en norma alguna sobre la reserva

mental, hemos buscado también dejar bien en claro que la Reserva Mental es un supuesto de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada que no afecta la validez negocial, por tratarse de una intención no declarada u oculta, reforzando lo dispuesto en el artículo antes comentado, de la propuesta, que modificando el artículo 141 del código actual, señala en forma contundente que "Son irrelevantes las reservas mentales y las intenciones no declaradas". Como insistimos, éste propósito nuestro de señalar la irrelevancia de las intenciones no declaradas u ocultas, no sólo responde al objetivo de precisar que el proyecto ha optado claramente por el Declaracionismo, atenuado por el principio de la Confianza, sino también al deseo de establecer que la reserva mental es en principio irrelevante jurídicamente, dejando en todo caso al intérprete y al juez en la posibilidad de darle a esta figura transcendencia jurídica, en la medida en que la reserva hubiere sido conocida por un tercero o por el destinatario de la declaración de voluntad, pues consideramos que este supuesto no puede ser materia de regulación expresa, sino, en todo caso, solución que se desprenda del sentido de las normas legales, interpretadas sobre la base que la orientación adoptada sobre el negocio jurídico y sus diversos problemas, es el declaracionismo debidamente atenuado por el principio de confianza.

ARTICULO SEGUNDO.- Para determinar el propósito evidenciado del sujeto o los sujetos se deberá tomar en cuenta su comportamiento total, aún el posterior a la celebración del acto jurídico

Este segundo artículo de la propuesta no es sino consecuencia del artículo anterior y representa una novedad respecto del Código Civil actual. Su objetivo es doble. De un lado hacer hincapié en el concepto del propósito evidenciado como el objeto de la interpretación negocial, es decir, dejar bien en claro que lo que se debe interpretar en un negocio es el propósito evidenciado y no la voluntad interna. Propósito evidenciado, que es el que nos va a señalar las pautas para esclarecer el sentido del negocio cuando exista duda sobre su sentido o significado. Y de otro lado, establecer en una regla legal que el propósito evidenciado no sólo es resultado del sentido literal del conjunto de circunstancias en las cuales el sujeto o los sujetos declararon su voluntad, por lo cual se señala expresamente que: "se deberá tomar en cuenta su comportamiento total, aún el posterior a la celebración del acto jurídico."

De esta forma, el intérprete conoce que para determinar el significado de una declaración de voluntad, se debe conocer también el comportamiento observado por el sujeto o los sujetos al declarar la voluntad. Como es evidente, al ser la declaración de voluntad y el mismo negocio jurídico un acto de la vida social de cada individuo, es de fundamental importancia conocer y poder utilizar todas las circunstancias que formen parte del

contexto dentro del cual se emitió la declaración de voluntad. En tal sentido, todo el comportamiento del sujeto o los sujetos es importante para interpretar el negocio, bien se trate del anterior, del coetáneo a la celebración del negocio e incluso del posterior.

ARTICULO TERCERO.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo al principio de la buena fe.

Como ya lo hemos indicado al comentar el primer artículo de la propuesta, nuestra posición es claramente declaracionista, pero basada en un declaracionismo moderado, atemperado por el principio de la confianza, que en materia de interpretación negocial se traduce en el principio de la buena fe, entendida no como la buena fe subjetiva, sino como una buena fe objetiva, específicamente como un principio rector, según el cual el negocio jurídico debe interpretarse de la manera más conveniente para los intereses de todas las personas involucradas, tratando de obtener en la medida de lo posible una solución justa para todos los intereses en conflicto. En el Código Civil actual la referencia al principio de la buena fe se encuentra dentro del artículo 168, tantas veces mencionado. Sin embargo, hemos considerado conveniente establecer en un artículo independiente, que el principio de la buena fe constituye uno de los criterios de interpretación del negocio jurídico dentro de un sistema declaracionista, debidamente atenuado por la teoría de la confianza, con el fin de darle la relevancia necesaria al mismo, como criterio fundamental de cumplimiento obligatorio y evitar así que se entienda que se trata de un criterio accesorio o subsidiario.

ARTICULO CUARTO.- Al interpretar el acto jurídico se deberá atender a los usos sociales cuando las circunstancias asi lo exijan

Este artículo de la propuesta constituye también una novedad respecto del articulado del actual Código Civil. Como es sabido, una de las circunstancias que forman parte del contexto dentro del cual se emiten las declaraciones de voluntad, lo constituyen los usos sociales aplicables a determinados negocios jurídicos, razón por la cual se ha considerado conveniente señalar, dentro de una regla legal, que los usos sociales también constituyen un criterio para interpretar determinados negocios jurídicos. Como resulta evidente, este criterio es imprescindible dentro de un sistema objetivo de interpretación del negocio que responda a una orientación declaracionista. Demás está señalar, que existe unanimidad en la doctrina, sobre la necesidad de utilizar los usos sociales para interpretar algunos negocios jurídicos.

Debe distinguirse los usos sociales del comportamiento de los sujetos, aún cuando los dos criterios tienen como común denominador, el que son

circunstancias que forman parte del contexto dentro del cual se emiten las declaraciones de voluntades. Ambas clases de circunstancias, completamente necesarias, dentro de un sistema declaracionista de interpretación del negocio jurídico.

Finalmente, debe agregarse que la bondad de esta norma, se justifica también si se tiene en cuenta que en la mayor parte de negocios jurídicos, que se celebran en el ámbito de las operaciones comerciales, los usos sociales juegan un rol fundamental de determinación del sentido de las declaraciones de voluntad de los sujetos.

ARTICULO QUINTO.- Las clausulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto.

El artículo quinto de la propuesta reproduce el Artículo 169 del Código Civil actual con una pequeña diferencia, pues se ha eliminado del texto original la expresión "de todas" que se indicaba al final del artículo, por considerarla innecesaria para el entendimiento del sentido de la norma. Lo que establecen ambas normas, tanto de la propuesta como del Código Civil actual, es el principio de interpretación sistemática u orgánica del negocio jurídico, según el cual el contenido del negocio es uno solo, estando todas sus cláusulas íntimamente relacionados, de manera tal que cada una de las cláusulas que conforman el contenido negocial deben interpretarse sistemáticamente con las otras y más aún, que en caso de duda sobre el sentido de una u otra cláusula, debe atribuirse a las mismas el sentido que resulte del conjunto, es decir, el sentido que resulte de la totalidad del contenido negocial. En consecuencia, si se observa bien el objetivo de este artículos es doble: de un lado establecer que las cláusulas deben interpretarse las unas por medio de las otras, esto es, sistemática u orgánicamente y de otro lado, establecer con claridad, como un segundo aspecto del criterio sistemática u orgánico de interpretación negocial, que a las cláusulas que permanezcan oscuras, una vez interpretadas en conjunto con las demás, se les deberá atribuir el sentido que resulte de la totalidad del contenido negocial.

ARTICULO SEXTO.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza del acto.

Este artículo de la propuesta reproduce también en gran medida el artículo 170 del Código Civil actual, con la única diferencia que del texto original se ha prescindido de la expresión "Y al objeto del acto". Este artículo establece el principio de interpretación finalista o causalista, entendiendo por finalidad o causa, tanto la del mismo negocio abstractamente considerado, como la concreta y específica establecida de manera particu-

lar, por el sujeto o los sujetos que hubieren celebrado el negocio jurídico. El principio de interpretación finalista nos señala que, cuando no existe seguridad sobre el sentido de una o varias cláusulas de un negocio, por haber utilizado las mismas, expresiones que tengan varios sentidos o significados, se debe interpretar el sentido de dicha cláusula o cláusulas, atribuyéndole a la expresión multivoca el más adecuado a la finalidad o causa del negocio.

Debe quedar muy en claro que el concepto de causa o finalidad del negocio hace referencia a un único elemento del negocio con un doble aspecto: objetivo y subjetivo. En su aspecto objetivo, la causa se entiende como la finalidad abstracta del mismo negocio, con independencia de quienes sean los sujetos que lo hubieren celebrado y en su aspecto subjetivo, como la finalidad concreta y particular del sujeto o los sujetos que celebraron el negocio, y que se constituye en la razón única y determinante de la celebración del mismo.

Dicho de otro modo, mientras la causa en su aspecto objetivo es la finalidad del mismo negocio jurídico, en su aspecto subjetivo la causa no es sino la finalidad particular de los que hubieren celebrado el negocio. Por ello es, que indistintamente en doctrina, se habla de causa o finalidad del negocio, existiendo entre ambos términos una identidad conceptual.

Sin embargo, en el texto del artículo propuesto, al igual que el del actual Artículo 170, no se utiliza el término de "causa" o "finalidad", sino el de "naturaleza del acto", con el objeto de darle al intérprete la posibilidad de entender y construir un concepto unitario de causa, sin limitarse únicamente a la utilización del término "finalidad", que se usa en la propuesta justamente para hacer referencia a la noción de causa del negocio, habida cuenta que no se utiliza para nada, ni en el código actual ni en la propuesta la expresión "causa", por considerarse una denominación legal utilizada en los códigos civiles latinos que ha contribuido en gran medida a la enorme confusión reinante en la doctrina de la causa, teniendo en cuenta los múltiples significados de esta expresión.

Por ello, y con el ánimo decidido de darle al intérprete y a nuestra jurisprudencia, la posibilidad de construir un concepto de causa, acorde con los cambios sociales y que sirva como instrumento moralizador del negocio jurídico y del contrato, entendiéndolo como un único concepto con un doble aspecto, según se ha indicado líneas arriba, hemos considerado conveniente mantener el término "naturaleza del acto" utilizado en el artículo 170 del código actual, para que conjuntamente con el de "finalidad" y el de "propósito" utilizado en otros artículos de nuestra propuesta, según se ha visto anteriormente, nos permite comprender que la causa está referida tanto a la finalidad abstracta y permanente del negocio como a la finalidad concreta y particular de las partes que hubieren celebrado el negocio. De esta manera, se tendrá la posibilidad de construir un concepto rea-

lista de la causa como elemento del negocio jurídico, que permita sancionar con nulidad los negocios que no estén dirigidos a la obtención de una finalidad socialmente razonable por estar privados de causa y a aquellos otros que tengan una finalidad concreta y particular contraria al orden público, a las buenas costumbres o a las normas imperativas.

Como se podrá apreciar, gran parte de nuestra preocupación al plantear las propuestas que estamos comentando, ha sido la de dar la posibilidad de construir doctrinaria, legal y jurisprudencialmente un concepto de causa con un contenido eminentemente social y por supuesto jurídico, habida cuenta que en nuestro medio, lamentablemente influenciados, por prejuicios Anticausalistas, no hemos sabido construir un concepto adecuado de causa del negocio jurídico y menos aún utilizarlo, como sucede en la mayor parte de sistemas jurídicos del Civil Law, como instrumento para fiscalizar la moralidad y el sentido socialmente razonable de los negocios y contratos. Esperamos que nuestra intención pueda hacerse realidad en poco tiempo y podamos contar en nuestro país, como en la mayor parte de sistemas jurídicos, también de Sudamérica, con valiosa jurisprudencia sobre la ausencia de causa y la causa ilícita, que no existe a la fecha, a pesar que el código actual, al igual que nuestra propuesta, reconocen que la causa o finalidad es uno de los elementos, el más importante, del negocio jurídico.

ARTICULO SETIMO.- El acto jurídico o cada una de sus clausulas deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto jurídico y no en aquél según el cual no tendrían ninguno.

Este último artículo de nuestra propuesta representa también una novedad respecto del código actual en materia de interpretación, pues contiene una norma basada fundamentalmente en el principio de conservación del negocio jurídico y que constituye un mecanismo muy importante, que deberá ser utilizado por el juez, cuando exista evidencia que el propósito de las partes fue el celebrar un negocio jurídico válido, aún cuando el significado de sus declaraciones de voluntad no resulte claro.

NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

Respecto de la invalidez del negocio jurídico, nuestro aporte, pensamos, consiste en establecer con más precisión las causales de nulidad y anulabilidad, estableciendo claramente las diferencias y características de ambas figuras de ineficacia estructural y corrigiendo en algunos casos algunos defectos del código actual. Sin embargo, en nuestro concepto, dos son los aportes más importantes de toda nuestra propuesta: el primero de ellos está referido a una regulación, que no admite duda alguna, de la figura de la nulidad virtual y el segundo a señalar en un artículo, en forma

directa, que en materia de invalidez no se protegen los derechos de los terceros, incluso los adquiridos a título oneroso con buena fe, salvo disposición legal en contrario.

Siendo esto así, comentaremos los artículos correspondientes a los tópicos antes enunciados.

ARTICULO PRIMERO.- El acto jurídico es nulo:

1. **Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto, según lo dispuesto en el artículo 141º.**
2. **Cuando sea simulado.**
3. **Cuando su finalidad sea ilícita.**
4. **Cuando se haya celebrado por sujeto absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358º.**
5. **Cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.**
6. **Cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.**
7. **Cuando la ley lo declara nulo.**
8. **Cuando atente contra el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas, si otra sanción no se deduce de la ley.**

Este artículo primero de nuestra propuesta constituye una nueva versión del artículo 219 del código actual, no sólo por haberse aclarado el orden de las causales genéricas de nulidad, sobre la base de seguir ordenadamente la estructura del acto jurídico, lo que ha permitido una mejor estructuración de dichas causales según se trate de elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico, sino fundamentalmente por haberse aclarado algunos incisos que, dentro del texto actual, daban lugar a una serie de dudas e interrogantes de carácter conceptual. Así, en primer lugar, y siguiendo uno de los acuerdos adoptados por el pleno de la comisión en las primeras reuniones, en el primer inciso, se ha eliminado el término "agente" utilizando en su reemplazo el término "sujeto", que no sólo es más claro, sino que se encuentra respaldado por la casi unanimidad de la doctrina actual sobre el acto y el negocio jurídico. Más aún, este primer inciso, hace referencia directa al artículo en el cual se detallan los supuestos, en los que se considera que no hay manifestación de voluntad, según se ha establecido en el artículo 141 de nuestra propuesta de las disposiciones generales, y que no figura en el actual articulado, con el fin de dar mayor claridad al intérprete. De esta manera, se evitaran las confusiones en las que se incurre actualmente, por no existir norma alguna que describa los casos en los que no hay una manifestación de voluntad.

El segundo inciso de este artículo de nuestra propuesta, representa también una novedad, no sólo por habérsele ubicado, como debe ser, inmediatamente después de la causal referida a la manifestación de voluntad, habida cuenta que la simulación constituye también una anomalía respecto de la declaración de voluntad en sí misma, sino principalmente por haberse corregido el error del inciso 5 del artículo 219 del actual código civil, que equivocadamente dispone que es nulo el acto jurídico cuando adolece de simulación absoluta. En este sentido, el inciso segundo de nuestra propuesta dispone con toda claridad que el acto jurídico será nulo cuando sea simulado, porque, como es sabido y aceptado por toda la doctrina, no sólo hay nulidad en la simulación absoluta, sino también en la simulación relativa respecto del acto simulado o aparente, pues sólo es real y verdadero el acto disimulado, que permanece oculto a los terceros. Por todo ello, la referencia que hace el código actual a la simulación absoluta como causal de nulidad, se ha corregido adecuadamente, refiriendo esta causal de nulidad a todo supuesto de simulación, bien claro está refiriéndose siempre al acto simulado.

Con relación al tercer inciso, la comisión en sus primeras reuniones también acordó cambiar el término "fin" y utilizar en su reemplazo el de "finalidad", por ser más claro y hacer referencia más adecuada al concepto de causa, que se ha introducido en la estructura del acto jurídico, según el código actual, con el término de fin, según se ha explicado al detalle al comentar nuestra propuesta de articulado sobre la interpretación del acto jurídico. Y como resulta evidente, y así lo ha demostrado la doctrina moderna, más precisa y adecuada resulta la denominación de finalidad. Aún cuando, como insistimos, tampoco debemos limitarnos a utilizar únicamente la denominación de "finalidad", por cuanto una comprensión adecuada del fenómeno causalista, según lo hemos comentado también. Implica tener en cuenta el propósito y la naturaleza particular de cada negocio jurídico, en base a la finalidad concreta y particular del o los sujetos al celebrar un negocio jurídico; todo lo cual significa en última instancia que no podemos limitar nuestro conocimiento y apreciación del concepto y utilidad de la causa, limitándonos a su simple identificación con la noción de Finalidad, pues deben darse al intérprete otras ideas que le permiten una apreciación adecuada de este elemento fundamental del negocio jurídico. Por otro lado, en el cuarto inciso, referido al supuesto de incapacidad absoluta, hemos dejado de lado la expresión "cuando se haya practicado" utilizada por el código actual, para utilizarla en su reemplazo el término técnico y reconocido desde siempre de "celebrar", por cuanto los actos jurídicos y contratos no se practican, sino se celebran.

Del mismo modo, en el quinto inciso hemos reemplazado el término "forma" por el de "formalidad", por razones evidentes, pues se entiende que toda declaración de voluntad tiene una forma, pero solamente algunas deben expresarse en una determinada formalidad, supuesto que se

presenta en el caso de los actos jurídicos y contratos solemne o formales.

Como se podrá observar, nuestro aporte a este artículo 219 del código actual, hasta este momento ha consistido fundamentalmente en una depuración de la terminología jurídica más adecuada, salvo el caso del inciso referido a la simulación, en el cual sí hemos corregido un error conceptual.

Sin embargo, el aporte más valioso de nuestra propuesta, es el relacionado con el último inciso, referido al concepto de nulidad virtual, que con nuestro texto se está definiendo, pues nos parece poco feliz la remisión que hace el código actual al artículo Quinto del título preliminar, para dar a entender que en nuestro sistema jurídico se acepta la figura de nulidad virtual. La aceptación o no de esta figura de nulidad virtual, que es de importancia fundamental, por cuanto de la misma dependerá o no que se acepte o rechaze la figura de la Inexistencia. Tal es la importancia del tema, que en la actualidad, sobre la base de esta inapropiada remisión al título preliminar, hay quienes han pretendido negar la aceptación de la nulidad virtual en el sistema jurídico nacional. Por ello, nos parece muy importante definir esta figura en el inciso 8 del artículo 219, razón por la cual hemos establecido expresamente QUE EL ACTO JURIDICO ES NULO CUANDO ATENTE CONTRA EL ORDEN PUBLICO O LAS BUENAS COSTUMBRES, O CUANDO SEA CONTRARIO A NORMAS IMPERATIVAS, SI OTRA SANCION NO SE DEDUCE DE LA LEY. De esta manera, esperamos dejar bien en claro, que en nuestro sistema jurídico se acepta plenamente la figura de la nulidad virtual, por contraposición a la de la nulidad textual o expresa, descartando definitivamente la figura de la INEXISTENCIA.

ARTICULO OCTAVO.- El acto jurídico es anulable:

1. **Cuando este viciado por error, dolo, o intimidación**
2. **Cuando se haya celebrado por sujeto relativamente incapaz.**
3. **Cuando en la simulación relativa el acto disimulado perjudica el derecho de tercero.**
4. **Cuando la ley lo declara anulable.**

El presente artículo está inspirado en el artículo 221 del código actual. Con relación al primer inciso, basado en el segundo del 221, que dice literalmente el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, hemos considerado conveniente expresar que el acto será anulable cuando esté viciado por error, dolo o intimidación, debiendo entenderse la intimidación como violencia moral, por cuanto pensamos que la violencia, entendida como violencia física, no es un vicio de la voluntad que determine la anulabilidad, sino que se trata de un supuesto de ausencia de manifestación de voluntad por no haber voluntad de declarar y por ende voluntad de ninguna clase, razón por la cual la

sanción legal debe ser la nulidad y no la anulabilidad. No debe olvidarse que en la propuesta al artículo 141 del código actual, hemos considerado expresamente que en los casos de violencia física no existe manifestación de voluntad, siendo por ello la sanción correspondiente la nulidad, en concordancia con lo establecido en el primer inciso del artículo 219, comentado anteriormente.

El segundo inciso de la propuesta modifica la redacción del código actual que dispone que el acto es anulable por incapacidad relativa del agente, habiendo por nuestra parte considerado más claro el señalar que el acto será anulable "Cuando se haya celebrado por sujeto relativamente incapaz".

Con relación al cuarto inciso, el mismo recoge literalmente el cuarto inciso del artículo 221 sobre anulabilidad expresa o textual. Sin embargo, respecto del tercer inciso de la propuesta, que se basa en el tercer inciso del artículo actual, debemos destacar en qué hemos variado la redacción de este inciso con relación a la fórmula original del código. La redacción actual dice textualmente que el acto será anulable por simulación cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. En nuestra opinión esta redacción es poco feliz, siendo bastante oscura, razón por la cual hemos considerado conveniente modificarla y cambiarla por la de: "EL ACTO JURIDICO ES ANULABLE CUANDO EN LA SIMULACION RELATIVA EL ACTO DISIMULADO PERJUDICA EL DERECHO DE TERCERO". Con esta redacción, se señala con bastante claridad que lo que se está regulando es el supuesto de la simulación relativa y respecto de ésta al negocio disimulado, cuando perjudica el derecho de tercero.

ARTICULO DECIMO SEGUNDO.- La declaración de nulidad del acto jurídico perjudica los derechos adquiridos por los terceros, incluso los adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo que excepcionalmente la ley disponga específicamente lo contrario.

Este artículo representa una novedad respecto del articulado del código actual, más no respecto de su sentido integral, por cuanto desde nuestro punto de vista, el código civil, siguiendo el criterio de la mayor parte de la doctrina, no protege al tercero, ni siquiera al tercero de buena fe en materia de nulidad, o también en materia de acto anulable declarado nulo, pues la doctrina de la apariencia está únicamente recogida en supuestos excepcionales como el de la simulación en el artículo 194. Obviamente se trata de una cuestión bastante discutible y respecto de la cual caben perfectamente dos puntos de vista. En nuestro criterio el más adecuado, y el que ha sido recogido por el actual código civil es el de la no protección del tercero.

SIMULACION DEL ACTO JURIDICO

Con relación a la simulación el aporte esencial de nuestra propuesta, pensamos, radica en dejar bien en claro que, dentro de la sistemática del código civil, la simulación debe entenderse no como un supuesto de divergencia o discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, o como una discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, o como una discrepancia entre declaración y contradeclaración, sino como una divergencia entre declaración y propósito real de las partes, contribuyendo también de esta manera, con insistencia, a una mejor construcción del concepto de causa, según se ha explicado al detalle en los párrafos precedentes. Asimismo, como consecuencia de esta toma de posición sobre la naturaleza jurídica de la simulación, pensamos que hemos señalado con más propiedad en nuestra propuesta las diferentes modalidades de la simulación, bien se trate de la simulación absoluta, y de la simulación relativa, total o parcial, ésta última en sus dos variantes. Del mismo modo, hemos decidido mantener el artículo 194 del código actual, para que quede claro también que en materia de simulación el código ha optado por la teoría de la confianza, en concordancia con la orientación general que proponemos. Finalmente, se ha considerado una norma que dispone que la simulación también es posible en materia de actos unilaterales destinados a una persona determinada.

En tal sentido, iniciamos el comentario de los siguientes artículos:

ARTICULO PRIMERO.- Los actos jurídicos simulados no producen efectos entre los sujetos que los hubieran celebrado por no corresponder al propósito real de los mismos.

Este artículo representa una novedad respecto del articulado actual, pues contiene una definición de la simulación en general, que serviría para aclarar esta figura, dada la cantidad de teorías que se han elaborado sobre el particular. Fundamentalmente, se destaca el hecho que en la simulación los actos simulados no producen efectos jurídicos entre los sujetos por no corresponder al propósito efectivo y real de los mismos.

Es decir, se deja bien en claro que en la simulación, como categoría jurídica genérica, los actos jurídicos celebrados son falsos y por ende no surten efectos jurídicos entre las partes y además sirve para dejar en claro que lo que caracteriza la simulación no es una discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada, ni entre declaración y contradeclaración, sino entre declaración y propósito de las partes. Término "propósito" que también se ha venido utilizando en otros artículos de la propuesta y en la parte de la misma sobre la interpretación de los actos jurídicos, según se ha explicado al detalle.

No se trata de establecer todas las definiciones que existen en la doc-

trina sobre simulación dentro del contenido de un artículo del Código Civil, sino simplemente de establecer una pauta general sobre el concepto mismo de simulación, a fin de facilitar la labor del intérprete y con el objetivo de que exista uniformidad entre la definición genérica y las subsiguientes sobre simulación absoluta y simulación relativa, que también están presentes en el articulado del Código actual. Dicho muy brevemente, nuestra opinión es que una definición genérica es necesaria por ser sumamente útil, por las razones explicadas anteriormente.

ARTICULO SEGUNDO.- En la simulación absoluta se celebra un acto jurídico no existiendo propósito real de los sujetos para que surta efectos.

Este artículo está inspirado en el artículo 190 del Código actual, que contiene una definición del supuesto de simulación absoluta, redacción actual que nos ha parecido siempre poco clara, por cuanto en la simulación absoluta no sucede, como dice en el artículo 190, que se aparente celebrar un acto jurídico, sino que el mismo se celebra, sólo que de manera simulada, sin existir propósito real de los sujetos para que surta efectos jurídicos. Es decir, las partes celebran un acto jurídico, pero sabiendo que él mismo no va a surtir efectos jurídicos y que por ende no van a estar vinculadas jurídicamente. La definición planteada en el artículo 190, por esto mismo, nos parece poco clara, razón por la cual hemos sugerido el cambio indicado.

ARTICULO TERCERO.- En la simulación relativa, además del acto simulado, los sujetos concluyen un acto disimulado, que se oculta a los terceros, y que tiene efecto entre los sujetos, siempre que concurran los re-quisitos de contenido y formalidad y no perjudique el derecho de tercero.

Este artículo está inspirado a su vez en el artículo 191 del Código actual que contiene una definición de simulación relativa, que tampoco nos ha parecido lo suficientemente clara, razón por la cual hemos sugerido la definición que estamos proponiendo, y en la cual se detalla claramente la estructura de la simulación relativa.

ARTICULO SEXTO.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

Este artículo está basado en el artículo 194 del Código actual, habiendo recogido el mismo literalmente en su integridad, por parecernos una norma bien redactada, que pone de manifiesto la protección al tercero de buena fe y a título oneroso en materia de nulidad por simulación y fundamentalmente la aplicación de la teoría de la confianza como orientación general de toda nuestra propuesta.

ARTICULO SETIMO.- Los artículos anteriores son de aplicación también a los actos unilaterales destinados a una persona determinada que fueren simulados por acuerdo entre el declarante y el destinatario.

Este artículo representa una novedad respecto del Código actual, que no hacía referencia al supuesto regulado en este artículo.

VICIOS DE LA VOLUNTAD

En materia de vicios de la voluntad, específicamente con relación a la violencia se ha eliminado toda referencia a la violencia física como un vicio por considerar que en esos casos lo que hay es ausencia de manifestación de voluntad, en concordancia con nuestra propuesta al artículo 141 del código actual, antes examinado. Con relación al error, se ha precisado que el error puede ser de dos clases: error en la formación de la voluntad, que es justamente el verdadero error vicio y el error en la declaración, que se asimila al error vicio como consecuencia lógica de la aplicación de la teoría de la confianza como principio directriz de todo la propuesta. Además de ello, se ha cuidado en señalar las características del error como vicio de la voluntad, indicando en un único artículo todas las figuras de error esencial, evitando la dispersión del código actual. Finalmente, se ha indicado con precisión la opción del legislador para cada una de las figuras de error esencial, que han dado lugar a la elaboración de diferentes posiciones en la doctrina.

ARTICULO PRIMERO.- El error en la formación de la voluntad es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial, determinante de la declaración de voluntad y conocible por la otra parte, salvo que se trate de acto unilateral.

Este artículo está inspirado en el artículo 201 del Código actual que se limita a señalar los requisitos legales para que el error pueda causar la anulación del acto jurídico, señalándose dos requisitos: el de la escencialidad y la cognoscibilidad. Nuestra propuesta, además de señalar un tercer requisito, cual es el de la determinabilidad, ha tenido como propósito fundamental el definir de alguna manera el concepto de error como vicio de la voluntad, razón por la cual en vez de mencionar simplemente al error, ha cuidado en destacar que el error como vicio de la voluntad es uno que incide en la formación de la voluntad, por lo que se señala que el error en la formación de la voluntad es causa de anulación del acto jurídico cuando concurran tres requisitos. Tal como lo hemos mencionado, además de la escencialidad, consideramos también como un segundo requisito el que el error sea determinante de la declaración de voluntad, por tratarse de un

aspecto aceptado por toda la doctrina y que también se encuentra presente en la actual regulación del error en el Código Civil, pero sin señalarse como requisito general en el artículo 201. En otras palabras, además de la esencialidad, nos ha parecido conveniente establecer en la norma general, y no así en las normas particulares sobre las diferentes figuras de error esencial, el requisito de la determinabilidad, con el fin de clarificar la figura del error dentro del Código Civil.

Luego de haber reflexionado sobre el requisito de la cognoscibilidad y a pesar de las opiniones muy valiosas que existen en contra de la aplicación de la teoría de la confianza al ámbito del error, y con el fin de no alterar la actual disciplina del error en el Código Civil vigente, hemos considerado conveniente mantener dicho requisito para que el error pueda ser causa de anulación del acto jurídico.

ARTICULO SEGUNDO.- El error es esencial:

1. **Cuando recae sobre la identidad, sobre la propia esencia o sobre una cualidad del objeto del acto de acuerdo con la apreciación general.**
2. **Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades personales de la otra parte, de acuerdo con la apreciación general o en relacion a las circunstancias.**
3. **Cuando sea de derecho.**
4. **Cuando recae sobre la naturaleza del acto.**
5. **Cuando recae sobre el motivo expresamente manifestado como razón determinante de la celebración del acto y es aceptado por la otra parte.**
6. **Cuando recae sobre la cantidad.**

Este artículo contiene una relación abierta, y no cerrada, de las figuras de error esencial que existen en el Código actual y que se encuentran reguladas en normas independientes, lo que a nuestro parecer constituye una técnica legislativa no adecuada.

El primer inciso contiene las figuras del error sobre la identidad, sobre la materia, o sobre la cualidad del objeto del acto jurídico. El segundo inciso el error sobre la identidad o las cualidades de la otra parte, el tercero el error de derecho, el cuarto el error sobre la naturaleza del acto jurídico, el quinto el error sobre el motivo determinante o falsa causa y el último el error sobre la cantidad; figuras que actualmente se encuentran dispersas en el artículo 202, 204, 205 y 208. De esta manera, se da al intérprete una relación de las figuras esenciales de error dentro del Código Civil, relación que en modo alguno constituye una lista cerrada, o un nu-

merus clausus, siendo sencillamente una relación de las figuras actualmente reguladas.

Debe destacarse que este artículo, a nuestro entender, constituye un aporte interesante a una mejor regulación legal de la figura del error como vicio de la voluntad. Consideramos que no debe confundirse una relación de las figuras más conocidas e importantes del error, con el hecho de aceptarse la tesis del numerus clausus. En todo caso, se trata de una cuestión doctrinaria y de opción legal, que deberá ser claramente establecida en la exposición de motivos. Con relación al propio texto de la propuesta, debe destacarse que la misma contiene también novedades importantes sobre las teorías aplicables a cada figura de error esencial en particular. Así, por ejemplo, respecto del error sobre la cualidad del objeto se ha optado por la teoría objetiva, a diferencia del Código actual, que ha dado lugar a una diversidad de interpretaciones al no haberse pronunciado sobre el tema adecuadamente. Por el contrario, respecto del error sobre las cualidades de la otra parte se ha optado por una posición ecléctica, lo que implica que dependiendo de cada caso en particular, se optará por la teoría objetiva o por la teoría subjetiva. Asimismo, se ha dejado bien en claro que las figuras de error sobre la identidad del objeto, de la persona o del acto jurídico, no son necesariamente figuras de error en la declaración, sino que pueden también presentarse bajo la modalidad de error dirimente, es decir, error en la formación de la voluntad.

ARTICULO TERCERO.- El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación.

Este artículo está inspirado en el artículo 204 del Código actual, que en nuestro concepto resulta sumamente confuso, pues dentro de un mismo artículo, se regula una figura de error esencial con una de error accidental o error indiferente, suponemos con el fin de diferenciarlas. Por ello, y habiéndose establecido en el artículo anterior claramente que el error sobre la cantidad es un caso típico de error esencial, hemos considerado conveniente regular en una norma, de manera completamente independiente, la figura de error de cálculo como uno de los tantos casos de error accidental.

ARTICULO SEXTO.- Las disposiciones de los artículos precedentes se aplican, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, o a la identidad del objeto principal de la declaración, a la identidad de la persona, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Este artículo está inspirado en el artículo 208 del Código actual que regula las figuras de error en la declaración, llamado también error obsta-

tivo, habiéndose mejorado su redacción al eliminar la referencia que el mismo hace al motivo determinante de la voluntad, que no es propio del error en la declaración, sino del error en la formación de la voluntad. De esta manera se evitarán confusiones como sucede actualmente entre ambas categorías de error, legislándose de manera clara la regulación del error en la declaración.

ARTICULO SETIMO.- El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su contenido o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Este artículo está inspirado en el artículo 209 del Código actual, respecto del cual hemos introducido únicamente una pequeña modificación al eliminar el término "texto", para reemplazarlo por el de "contenido", por cuanto los actos jurídicos por más formalizados que estén tienen un contenido y no un texto.

ARTICULO OCTAVO.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Este artículo recoge textualmente el artículo 210 del Código actual, que regula la figura del dolo como vicio de la voluntad, el cual nos parece bien redactado, razón por la cual lo hemos incorporado en nuestra propuesta.

ARTICULO NOVENO.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la formación de la voluntad, el acto sera válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas, pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

Este artículo está inspirado en el artículo 211 del Código actual, respecto del cual hemos introducido únicamente una pequeña modificación terminológica al reemplazar el término "voluntad", por el de formación de la voluntad por cuanto lo que caracteriza los vicios de la voluntad es justamente un proceso anormal o vicioso en la formación de la voluntad y utilizar solamente el término voluntad nos puede llevar a confusión.

ARTICULO DECIMO SEGUNDO.- La intimidación es causa de anulación del acto jurídico, aunque haya sido empleada por un

tercero que no intervenga en él.

Este artículo está basado en el artículo 214 del Código actual, que hace referencia tanto a la violencia física como a la violencia moral o intimidación, asimilando ambas figuras y considerándolas como vicios de la voluntad y por ende como causales de anulabilidad. Siguiendo la tónica de todo el proyecto, se ha considerado eliminar a la violencia, entendida como violencia absoluta o violencia física, del título de los vicios de la voluntad, al considerarla como un supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad al faltar la voluntad de declarar. En tal sentido, en el artículo de nuestra propuesta, se hace referencia únicamente a la intimidación o violencia moral como vicio de la voluntad y por ende como causal de anulabilidad.

ARTICULO DECIMO TERCERO.- Hay intimidación cuando se inspira al sujeto el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación del acto, según las circunstancias.

Este artículo recoge casi textualmente el artículo 215 del Código vigente, que contiene una definición bastante acertada de la violencia moral o intimidación, respecto del cual hemos introducido únicamente dos pequeñas variantes terminológicas, reemplazando el término agente por el de sujeto, en concordancia con toda la propuesta y agregando en el segundo párrafo la frase "anulación del acto", para dejar en claro que se trata de la anulación del acto viciado por violencia moral, y no por falta de manifestación de voluntad.

LA CAUSA FINAL EN EL ACTO JURIDICO

Alberto Bueres

El tema a tratar será referente a la causa final en general y en particular a la Legislación Peruana. Efectuando un breve recorrido histórico, cabe destacar que la causa final tuvo un desarrollo muy embrionario en Roma, donde los juristas no penetraban en los aspectos íntimos de la voluntad, sin perjuicio de que corrigieran situaciones injustas por medio de figuras como la exceptio dolis, el enriquecimiento sin causa y la teoría de la condictio. La idea de causa, comienza a esbozarse con los glosadores, post glosadores y los canonistas, aunque sin duda el pionero de la teoría de la causa clásica ha sido Domat, quien pretendió construir una teoría perenne, abstracta, a consecuencia de las ideas racionalistas que le inspiraban.

Dicho jurista se apartó de la glosa y de los fragmentos, textos y leyes romanas, que integraban el corpus iuris y trató de crear un sistema novedoso, "La exposición de las leyes civiles según el orden natural", es como bien se ha dicho, el racionalismo cartesiano aplicado a la ciencia del derecho.

Domat, explicaba su teoría analizándola en tres categorías de contratos, como todos ustedes saben, los contratos bilaterales, los contratos reales y los contratos gratuitos; y decía que en los contratos bilaterales la causa de la obligación, para una de las partes, o su fundamento, era la obligación de la otra. En los contratos reales, la causa de la obligación para el único deudor, que es quien tiene que restituir la cosa en vista de la unilateralidad de estos contratos, está dada precisamente por la entrega de esa cosa, la datio rei, y finalmente, en los contratos gratuitos, decía Domat, la causa de la obligación era el deseo de beneficiar a alguien, el animus donandi, pero en principio incoloro, abstracto y Domat insinuó una coloración subjetiva a los actos de liberalidad, que tal vez hicieron pensar a algunos juristas, en que había avisorado el móvil de los canonistas, pero Pothier cortó de raíz toda posibilidad de admitir esta fructífera idea de móviles en la doctrina clásica.

Es indudable que esta teoría de Domat presentaba numerosos defectos. Por de pronto era asistemática, elegía al azar las diversas categorías de contratos, y entonces la noción de causa se tornaba proteíca. En segundo lugar, era rigurosamente genética, quedaba patentizada el concretarse el contrato y por tanto, se desperdiciaban las valiosas ventajas que tiene

el elemento en el aspecto funcional. En tercer lugar, la causa de Domat y de sus seguidores, no avizoraba el móvil, la causa impulsiva o emocional de los neocausalistas, a partir de Josserand.

En cuarto lugar, la teoría de Domat solamente prevé la causa en los contratos que crean obligaciones, pero no en aquellos que modifican o extinguen obligaciones, causa novandi o causa solvendi por ejemplo, ni tampoco en los contratos constitutivos de relaciones obligatorias, y por último, sin que con esto queden agotadas las hipótesis, en la teoría de Domat la causa no era unitaria, como se la concibe en nuestros días, sino que era plural, se enfocaba la causa de la obligación de cada contratante de forma distinta.

Un profesor de la Universidad de Lieja, Antonio Ernst en 1826 publicó un opúsculo titulado "Es la causa una condición de validez de las convenciones", de apenas 8 ó 9 páginas, con el cual nace el Anticausalismo. La teoría de Ernst, fue conocida en Holanda en un primer momento y en Bélgica y en Francia lo fue muchos años después, a través de las ideas de Laurent, de sus obras y de algunos autores franceses.

Pero sin duda, el autor que combatió más el Causalismo Clásico fue Marcel Planiol, quien analizando la teoría de Domat, sostenía que ésta era falsa e inútil. Planiol decía, que en los contratos bilaterales la teoría de Domat era falsa, puesto que una obligación no puede ser causa de la otra, desde el momento en que las dos nacen al mismo tiempo, aquí hay una mezcla entre el fin inmediato u objetivo y una suerte de recíprocos antecedentes y sogénesis.

En los contratos reales, Planiol decía, que la causa de Domat era falsa, puesto que la entrega de la cosa no sería la causa fin, sino la causa fuente. Es una vieja idea de Donellus, mantenida por Domat y Pothier, en el sentido de que no hay obligación de restituir la cosa, en tanto ésta no fue entregada.

Y por último, en los contratos gratuitos, la teoría de Domat, según Planiol era falsa, por cuanto ese animus donandi, propósito de hacer el bien abstracto, acromático, desprovisto de motivo, carecía de trascendencia para el derecho, por sus deficiencias desde el punto de vista instrumental. Asimismo, Planiol decía que la teoría de Domat era inútil. En los contratos bilaterales, si la causa para una de las partes es la obligación de la otra, dicho elemento se confundiría con el objeto, admitido que el objeto del acto jurídico para este autor, para Planiol, estaba dado por las obligaciones. En los contratos reales, la causa de Domat para Planiol era inútil, puesto que se la confundía con la forma. Aquí Planiol utilizaba el concepto de forma, a la manera romana de causa efficient, es decir, de causa eficiente, de causa génesis. Incluso hablando de la falta de causa o de la falsa causa, Planiol decía, que no puede ni siquiera entrar a discutirse si en un contrato real hay falta de causa, desde el momento en que al faltar la

forma, simple y llanamente no existe el contrato.

Finalmente, en los contratos gratuitos, Planiol sostenía que la causa clásica de Domat era irrútil, puesto que se confundía con el consentimiento, con la voluntad jurídica.

La teoría anticausalista perduró a través de los años, hasta que en el año 1923, Henri Capitant en su obra "De la causa de las obligaciones", su tesis doctoral brillante, inicia prácticamente el movimiento neocausalista.

Capitant defiende un concepto subjetivo de causa abstracta, pero mejora sensiblemente las deficiencias de la doctrina clásica, puesto que entiende que la causa, para el esquema de los contratos bilaterales, no es simplemente la obligación de una de las partes en el momento de concretarse el acto, sino que además y fundamentalmente, cada una de las partes quiere el cumplimiento efectivo de esas prestaciones, de donde el elemento se proyecta durante la vida del contrato, durante la etapa de los efectos del contrato, erigiéndose el elemento funcional. Cabe señalar, que con Capitant todavía no aparece el móvil, aún cuando en algunas figuras como las de la causa errónea, o las de la causa ilícita, o en las hipótesis de los contratos gratuitos, esa finalidad inmediata o abstracta, que se cuida muy bien Capitant de no mezclar con los móviles o motivos, presenta una tonalidad, digamos de tipo subjetivo; una tonalidad de tipo subjetivo que al fin y a la postre se equipararía casi al móvil.

En 1928, Josserand en su obra "Los móviles jurídicos" perfecciona notablemente esta idea inicial. Josserand decía, hay que ser causalista, a la causa no hay que reprochársele que exista, sino que exista insuficientemente, no es cuestión de eliminarla de la ley, sino de ampliar su ámbito dentro de ella considerablemente y bien, Josserand distinguía la voluntad, que era el querer; la intención, que es la causa final, la causa finalis de los clásicos, con las mejoras introducidas funcionalmente por Capitant.

Y finalmente, la fructífera idea de móviles, de móviles con jerarquía causal que fue dada en denominar por este autor "Causa impulsiva" o "emocional".

Existen teorías objetivas, que fundamentalmente fueron sostenidas a partir de los estudios de Vicente Scialoja en Italia, que consideran en la mayor parte de los casos, que hay un distanciamiento entre la voluntad y la causa. Algunos autores llegaron al extremo de decir, que entre ambos elementos no existe relación alguna, o que habría una relación inversa. Esta exageración fue corregida o atenuada en alguna manera por Emilio Betti cuando decía, que no es lógico contraponer la voluntad a la causa, puesto que se trata en rigor de dos facetas correlativas y no de dos nociones en contraste. La causa, es puesta en marcha por la voluntad, la voluntad es el motor imperente de la función, claro está que ésta última para estas doctrinas objetivistas se aprecia externamente; así pues Betti decía

que el ordenamiento jurídico al prestar su tutela a la autonomía privada no atiende al capricho individual, sino a la función social trascendente del negocio, por sí y en sí misma considerada y la naturaleza de la función es cuestión distinta del interés que pudo guiar a cada agente en una situación particular.

Los autores objetivistas hablan de función económica social, función práctico social, función empírica, jurídica, etc. Luigi Cariotta Ferrara, por ejemplo, establece su concepto, centrándolo en la función práctico social reconocida por el Derecho y este autor explica que la función es práctico-social y no económico-social porque transciende el derecho patrimonial y además que es amparada por el derecho o que es cobijada por el derecho, en la medida en que no se trata de una exigencia empírica, sino de una exigencia puramente jurídica.

Los autores neocausalistas puros, consideran que la causa es el móvil o motivo determinante de la voluntad exclusivamente. En general estos autores no desdeñan la existencia de una finalidad inmediata, objetiva o abstracta, pero la ubican por ejemplo en el objeto. Así se ha dicho por Mosset Iturraspe que el objeto del acto jurídico es la operación jurídica integral, con la finalidad económica y empírica considerada. Otros autores, en cambio, predican la existencia de la finalidad inmediata o abstracta de la obligación y reservan la consideración del móvil significante, del móvil determinante de la voluntad para el contrato o para el acto jurídico. Finalmente, las posiciones dualistas aglutinan o conglutinan aspectos subjetivos u objetivos. Esta teoría dualista es la que predomina en la Argentina en estos momentos, incluso tal vez en el mundo, Martín Renoir en Francia, Ripert Boulanger, Guillermo Borda, López de Zavalía, Federico Videla Escalada, entre otros, en nuestro medio en Argentina.

Nosotros, en reiteradas oportunidades, adherimos a la posición dualista o sintética. Hemos advertido en muchos autores, como Mourlon, como el mismo Planiol, sostenían que el jurista Oudot decía que el objeto responde al interrogante Quid debetur, que se debe, en tanto, que la causa respondía al interrogante Cur debetur, para que se debe, o como afirmaban Nuñez Lagos y Roca Sastre, mejor aún, para que se debe. Precisamente Roca Sastre, explica éste fenómeno causal, a través de las respuestas a tres porques: porqué emito mi voluntad, porque quiero vender, este es un fin orgánico, que no vale como causa, puesto que queda retenido en la voluntad. Segundo, porqué quiero vender, para obtener el precio, causa objetiva, finalidad inmediata o abstracta. Tercero, porqué quiero obtener el precio, para donarlo, para realizar una inversión, etc, causa motivo que muchas veces cuando es significante, tiene jerarquía causal.

Desde esta contemplación, la causa es la razón de ser jurídica del acto y posee una doble significación. En su aspecto objetivo o inmediato, la causa es el propósito común y recíproco de las partes, de los agentes de

obtener el cumplimiento integro de los planes de prestación supuestos ad binitio. Este esquema válido para los contratos bilaterales, puede aplicarse sin esfuerzo a los contratos doblemente atributivos u onerosos, puesto que al cabo la causa es el canje de atribuciones o de ventajas patrimoniales. En este sentido, la finalidad objetiva es unitaria, es repetida y uniforme, calidad de abstracción, es categórica o tipificante y es jurídica en cuanto está regulada por el derecho. Asimismo y esto es fundamental para desterrar las deficiencias del causalismo clásico de Domat, la causa se patentiza cuando se celebra el acto jurídico, la faz genética, lo que Puig Brutau denomina causa estructural o institucional y perdura durante toda la vida del negocio, esa idea del cambio, del porvenir hasta que se concluye el negocio con la finalización de sus efectos, causa, fundamento o legitimación. La idea reposa en el hecho de las obligaciones y su objeto, las prestaciones están en situación de correspondencia, de correlatividad, de correspectividad. Esto ya había sido avisorado por Baldo, por Bartolo de Sacsoferrato, por los canonistas, aunque recién el jurista alemán Wetzman, hace poco más de un siglo, habla por primera vez del sinalagma genético y del sinalagma funcional.

En el esquema de los contratos onerosos siempre, la causa puede ser completada por los móviles o motivos causalizados, los que adquieren jerarquía causal. Estos móviles son intrínsecos con respecto a la figura, mudables y pueden ser plurales, a diferencia del riguroso unitarismo que impera en la causa inmediata u objetiva. Esa causa inmediata u objetiva reiteramos, es unitaria. Betti decía que la causa no es uno u otro de los objetos intercambiados aisladamente, sino la relación asociativa y conmutativa que se establece entre ellos, entre esos objetos; sólo una visión atomista que despedaza la unidad del negocio podría enfocar la causa desde el angulo de cada uno de los contratantes. En los contratos gratuitos o actos jurídicos gratuitos, la causa esta dada por el animus donandi, el propósito de efectuar una liberalidad y por supuesto por los motivos con jerarquía causal.

Los móviles causalizados van a ser más frecuentes en los actos gratuitos, en vista de que existe una dación sin correlato atributivo: amor, afecto, simpatía, retribución de atenciones, etc , pero no es imprescindible incluso que en los actos gratuitos existan esos móviles, puesto que el propósito abstracto de efectuar una liberalidad bastaría para erigirse en elemento caracterizador, en elemento tipificante del acto jurídico. Vale decir, que el móvil para ser significante, para ser causalizado, tiene que estar exteriorizado, debe ser esencial y en los contratos bilaterales o contratos unilaterales onerosos, debe ser aceptado por la otra parte de manera expresa o virtual.

La causa, así entendida, tiene una fructífera función instrumental, en su aspecto objetivo; la causa es una herramienta, un utiliaje valioso de protección individual, como bien se ha dicho por diversos autores, puesto

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA

que permite mantener la equidad contractual, el equivalente querido del que hablaba Morit. Desde esta perspectiva la causa sirve para fundamentar en ella el pacto comisorio o resolución de los contratos por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, la teoría de la imprevisión, la imposibilidad de pago, etc.

También, desde el punto de vista inmediato y objetivo, la causa tiene una importante función caracterizadora o tipificadora, puesto que sirve para incluir en los códigos los contratos llamados típicos y también sirve para controlar la atipicidad, protegiendo o descalificando negocios jurídicos. De tal manera quedarán fuera de cuestión, se descalificarán los fines instrascendentes, baladíes, comunitariamente indiferentes, aquellos que puedan protegerse por otras normas, por ejemplo, las morales y por supuesto los móviles ilícitos, inmorales, etc. El jurista no admite categorías por pura recreación conceptual o retórica, el dato es recogido de la propia realidad, que impone con fuerza avasallante el reconocimiento de las figuras.

En cuanto hace a la faz subjetiva, la causa también tiene una valiosa función imperativa o la regla moral. El móvil así mismo no sólo es un instrumento de defensa social, sino también de protección individual, pues el error sobre los móviles causalizados cuando es excusable excluye la intención y por lo mismo impide el nacimiento del fin tipificante, del fin inmediato, sin que con esto quede excluída la teoría del error en relación con la causa; aquí debemos señalar que la incidencia de los móviles en las hipótesis de causa errónea y de causa ilícita es genética, pero también hay otras hipótesis que no han sido avisoradas por la doctrina, durante largos años, en que el móvil causalizado tiene una auténtica importancia en el plano funcional. Por ejemplo, el cargo o modo es una obligación accesoria que no tiene carácter de contraprestación. Nosotros, entendemos como la mayor parte de la doctrina universal, que el cargo o modo sólo puede aponerse a las liberalidades, a las disposiciones de última voluntad, pese a lo que dice la nota a un artículo 558 del Código argentino, donde existen unas incoherentes afirmaciones, en las que se basan algunos autores, para sostener que también el cargo puede imponerse en los actos onerosos.

Se encuentran en favor de la primera postura, por ejemplo, Castán Tobeñas, Albaladejo y Diez Picazo en España; Borda y Trigo Represas en Argentina y Vidal Ramírez, a propósito de la interpretación del Código Peruano de 1984. Y bien cuando, el cargo es simple, es evidente que el incumplimiento de él no podrá perjudicar la validez o la eficacia del contrato, pero cuando el cargo es condicional la irrealizabilidad de éste, la frustración del móvil en definitiva, ha de perjudicar el fin típico, el fin inmediato, al cual aquel móvil se haya indisolublemente ligado y esto va a ocurrir inexorablemente en la etapa funcional.

También otro caso u otros casos de importancia, en que tiene valía el

móvil en la etapa funcional, han sido explicados suficientemente por los divulgados casos de la coronación inglesa que todos conocen. Recordarán ustedes que a los efectos de presenciar la coronación del Rey Eduardo VII, se alquilaron balcones en el lugar donde debía de realizarse el desfile el día 26 de junio de 1902; el desfile se suspendió por enfermedad del Rey. En un caso fallado por la corte de apelaciones en 1903, el actor demandó la devolución de 100 libras entregadas a cuenta de precio y la corte desestimó la demanda y estimó la contra-demanda por el saldo del precio del canón locativo, puesto que dijo que el contrato se había perfeccionado antes del evento frustratorio.

Poco tiempo después, en otro caso, decidido por la propia corte de apelación, se cambió el criterio de forma diametral; un sujeto había alquilado un balcón en 75 libras esterlinas, pagando 25 libras esterlinas al contado y el resto tenía que abonarlo cuando se le entregara la tenencia del objeto, de la cosa, frustada la realización de la ceremonia y llevada la cuestión a los Tribunales, el demandante reclamó el cobro del saldo de precio, 50 libras, el propietario, el locador, y el inquilino reconvino por el cobro de las 25 libras esterlinas que había entregado como parte del precio y el juez dio lugar a esa contrapretensión, a esa reconvención, que fue confirmada por la corte de apelación, puesto que se dijo que la realización del desfile era el fundamento del contrato. En rigor de verdad, más que el fundamento abstractamente considerado del contrato, la realización del desfile era el móvil significante, era el móvil causalizado, que de no haber estado en la representación de las partes, la ley objetivamente no lo hubiera incorporado, a los efectos de que las partes pudieran desligarse de él. Es que en definitiva ese móvil causalizado impidió que se actuara la finalidad típica, objetiva o caracterizadora.

Bien, para no excederme del tiempo, pasaré a considerar modestamente algunas de las disposiciones que trae sobre la causa el Código Peruano e incluso sus antecedentes.

El Código del Perú de 1852, reprodujo con ligeras variantes el sistema francés , que en materia de causa está consagrado en los artículos 1131 a 1132 del Code Civi. De tal manera se mencionaba en el artículo 1235 la exigencia de una causa justa para obligarse, como en el 1108 del Código Francés. En el artículo 1253 del Código de Perú de 1852 se sostenía, que debía sancionarse con la nulidad toda hipótesis de falta de causa, de falsa causa, de causa ilícita. El artículo siguiente, sentaba el principio de presunción de causa y el artículo 1255 que era el último del esquema, afirmaba que la causa ilícita era aquella que contrariaba las leyes imperativas, se entiende, y las buenas costumbres, se había omitido de mencionar el orden público que trae el ínfine del artículo 1133 del Código Civil Francés.

Acerca del Código Civil de 1936, la opinión doctrinal peruana en lí-

neas generales ha dicho que era un código anticausalista Esto se debe a que el artículo 1075 sólo mencionaba como elementos esenciales o elementos constitutivos, la presencia de un agente capaz, de un objeto y una forma solemne. No obstante, cabe destacar, que la idea de causa subyace en el ordenamiento y no necesariamente tiene que dimanar de la exégesis de una disposición. Recuerdo una frase que pronunciara en un Congreso en 1969, José María López Olasiregui, cuando decía que los códigos dan normas y los juristas dan ideas que cabalgan sobre las normas, que agijonean sobre esas normas para que funcionen y al hilo de este pensamiento, bien podría decirse que la causa final cabalgaba sobre las normas del Código del 36. Esto también lo aceptó el célebre jurista José León Barandiarán, entre otros, puesto que al cabo, más allá de la dicción textual de ese artículo 1075, las restantes disposiciones del Código de 1936 no eran tan diferentes a las de otros códigos del mundo, donde la teoría causalista era aceptada sin retaceos.

Con respecto al Código de 1984, algunos autores entienden, que en él se ha distinguido la causa de la obligación y la causa del contrato y se dice que la causa de la obligación es la causa de Domat, en tanto que la causa del contrato es el móvil o el motivo causalizado. Nosotros no estamos de acuerdo con este respetuoso pensamiento, forma de razonar, pensamos que volver a la teoría de Domat constituiría un anacronismo y que se desperdiciarían 60 ó 70 años de profundos estudios que ha realizado la doctrina universal, además la causa final no es de la obligación. Los aspectos volitivos o aspectos sicológicos se relacionan con la voluntad que precisamente como dice Josserand, crea la obligación. Diez Picazo, concluye lapidariamente su razonamiento, diciendo que la causa de la obligación es la causa fuente, la causa génesis y que no hay nada más que hablar sobre el tema.

Volviendo al Código actual del Perú, el artículo 140, define el acto jurídico y a seguido menciona sus elementos esenciales generales: el agente capaz, el objeto, un fin lícito y una forma prescrita bajo sanción de nulidad. El Código del Perú optó por mencionar los elementos esenciales, siguiendo un sistema del derecho comparado, acertado, puesto que hay otros, como el del Código Argentino y el de Brasil que no mencionan los elementos esenciales.

Hay también sistemas como el del Código Colombiano, el artículo 1501, si mal no recuerdo, y el del Código de Chile, artículo 1444, que no individualizan los elementos esenciales, pero que se atienen a esa clasificación para algunos de los glosadores, para otros de los pandectistas alemanes, según que sean elementos esenciales, naturales y accidentales, y finalmente, por ejemplo, los Códigos Francés, Español, Italiano y Mexicano mencionan esos elementos esenciales sobre la base de cincos supuestos: capacidad, consentimiento, objeto, causa final y forma solemne y lo tratan en general en la parte de los contratos, porque no tienen una siste-

mática de los actos jurídicos o negocios jurídicos, que aquí los damos como términos equivalentes.

El Código del Perú acertó en la metodología, puesto que tiene una parte general, en el libro II, referida al acto jurídico y por tanto si los redactores del Código decidieron mencionar los elementos, lo hicieron correctamente en esa parte como tendrían que hacerlo, por ejemplo, en el Código Civil Argentino, si se reformase en esa dirección, la normativa, ya que allí existe la sección segunda del libro segundo, que sistematiza los hechos y actos jurídicos. El Código del Perú de 1984 no contiene normas similares a las del Código Francés y del Código Argentino en torno a la presunción de causa, falsa causa o causa ilícita. Algún autor ha criticado que no se haya incluido una norma referida a la presunción de causa. Puede ser cierto que se impusiera un artículo en este sentido, pero pensamos que nadie va a discutir, que la causa pueda deducirse a través de indicios, que es el supuesto fáctico, el factum de la norma por presunciones ominis, por presunciones judiciales, puesto que como bien se ha dicho nadie emite una voluntad sino va dirigida a un fin; tendría que ser un loco, un demente, un insensato. Demolombe ya decía asimismo, que la buena fe es fundamento suficiente para que se presuma la causa, puesto que sería un atentado ético-jurídico, que una persona que emite una voluntad, argullera para desentenderse de ella, que no ha mencionado los fines.

En cuanto a la falta de causa y falsa causa, que tampoco menciona el Código del Perú de 1984, el autor Torres Vásquez, dice que ello ha sido acertado, puesto que en definitiva, éstos aspectos son contemplados al tratarse el error, el dolo o la simulación y en ese sentido el artículo 208 que se refiere al error impropio o error obstáculo de Savigny, alude a la falta de causa, al referirse al error sobre la naturaleza del acto, error in negotio y al error sobre el objeto, el error incorpore; y el artículo 202 se refiere al error sobre ciertos móviles, el error sobre la sustancia o cualidad de la cosa y el error sobre las cualidades de la persona, error sobre los móviles significantes que a la postre, como dice Busso, son supuestos de falta de causa. También el artículo 205 que mejoró la redacción del viejo artículo 1084 del Código Peruano de 1936 y que dice que el error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte, trata en general toda hipótesis de error sobre los móviles causalizados, sobre los móviles con jerarquía causal, más allá del error sobre la cualidad de la cosa, o sobre la sustancia, o el error sobre la cualidad de la persona.

También es de destacar, que aunque la función tipificante o tipificadora no ha sido mencionada en el Código Peruano de 1984, ella fluye como toda hipótesis de licitud del artículo 140, o como dice el profesor Taboada Córdova de la propia naturaleza del acto jurídico y de la autonomía de la voluntad que es su principal efecto o consecuencia. El artículo 190 se re-

fiere a la simulación absoluta, supuesto de falta de causa y el artículo 191 a la simulación relativa, que en la terminología de Eduardo Bussi, de Lafaille, por ejemplo, es un caso de falsa causa. La finalidad funcional, la finalidad objetiva o inmediata que mantiene el equilibrio contractual, está dada por las normas que se refieren a la resolución de los contratos por incumplimiento, a la excepción de contrato no cumplido, a la teoría de la imprevisión y a la imposibilidad de pago.

Precisamente respecto de la imposibilidad de pago, el artículo 1316 referido a la imposibilidad de pago fortuita, dice en su segunda parte que si la imposibilidad es temporaria, la obligación se extingue entre otras causas, si el acreedor justificadamente pierde su interés en el cumplimiento, o si éste ya no le es útil. En el texto parece que se contempla el caso, en que la imposibilidad material subsiste y ya el acreedor ha perdido interés en la prestación, pero también puede avisorarse que está contemplada la hipótesis en que el cumplimiento material es factible, la prestación es asedera de posible realización y ya la prestación ha perdido interés o sentido para el acreedor.

Con esto se enancaría el tema con la teoría de la frustración del fin, que es un capítulo de la causa final y que regulan expresamente y detalladamente los dos proyectos que existen en la Argentina sobre la Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Un proyecto de la Cámara de Diputados de la nación en el que participaron, entre los juristas presentes, los doctores Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Banchio y nosotros y un proyecto del Poder Ejecutivo de la nación, en el que participaron, entre otros juristas, los que aquí están presentes, doctores Rivera y Kemelmajer de Carlucci.

Se ha dicho también por el profesor Torres Vásquez, por ejemplo, que la causa ilícita debió ser definida en el Código de 1984, cosa que no se hizo, diciéndose, por ejemplo, que ella es la que contraría normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, etc. Entendemos, que no es necesario, aunque no sería una norma errónea. Es evidente que cuando se habla de fin lícito, se está aludiendo a la ley imperativa, el artículo 219, apartado 4, dice que la violación de esta norma se sanciona con la nulidad. Asimismo, como dice Borda, el orden público es un concepto vago, en el que está involucrada la paz social, la seguridad, la justicia y por supuesto la moral y las buenas costumbres; Borda dice que la variedad del concepto es desconcertante a poco que se le analice, a punto tal que Japiot decía, que el orden público debe, es preciso admitirlo, parte de su majestad al misterio que lo rodea. Visto así, el asunto, el orden público involucra sin duda la moral y las buenas costumbres y el orden público no puede ser dejado sin efecto por los particulares, luego la ley imperativa es la ley de orden público.

De tal manera que, creemos que es correcta la solución del Código del

Perú, y así también lo ha sentado este proyecto de la Cámara de Diputados de la nación, de la República Argentina, que hemos mencionado, cuando en la última parte del artículo en el cual perfila la causa, dice que los fines jurídicos inmediatos y los móviles causalizados deben ser lícitos y nada más.

Bien, para concluir con esta exposición, debemos señalar que la teoría de la causa, como ustedes ven, tiene una fructífera, una vasta aplicación instrumental, ha suscitado un enfrentamiento entre el postulado de sumisión estricta a la fuerza obligatoria de los contratos y la posibilidad de mantener en pie en sus términos congénitos un contrato inicuo o injusto.

El choque o conflicto es una manifestación más de la lucha por el afianzamiento de la ansiada socialización jurídica.

El rechazo del causalismo hasta hace muy pocos años es el último exterior del individualismo clásico, voluntarista en orden al derecho positivo, en tanto, en cuanto desprecie el dato de la existencia de un derecho superior operante, a manera de sistema de legitimidad; esa concepción clásica además es liberal en cuanto al fin del derecho, al suponer que este descansa en el hombre o en su libertad, el humanismo hipertrofiado o falso humanismo del que hablaba Michel Villey, con olvido de que la verdadera tesis del derecho se encuentra enclavada en la idea de justicia.

El asunto de la causa final se trata de reducir por los antifinalistas a algunas disposiciones relativas a la voluntad o al objeto de los negocios jurídicos y las hipótesis de presunción de causa, falsa causa o causa ilícita, cuando menos en nuestro país, en Argentina, por los antifinalistas se tratan de referir a las disposiciones de la causa fuente, o, de la causa génesis, lo cual configura un verdadero desacierto técnico. Precisamente Marco Aurelio Risolía, al referirse a la teoría de la imprevisión, que a nuestro juicio es un instituto de neto cuño causalista, decía que, la imprevisión responde a un cúmulo de consideraciones éticas desacordadas con la noción de contrato, pues estos son actos de previsión que se los pacta como irrevocables; un régimen que quiera mantener la seguridad de las transacciones, evocando a Ripert, decía Risolía, exige que el deudor respete sus compromisos, arruinándose si fuera necesario. En suma, se trata de rendir tributo hasta lo indeseable, hasta unos límites que el más primario sentido de justicia no puede tolerar, al dogma de la autonomía de la voluntad, y de esta suerte se desconoce la importancia social de la causa, que en este sentido va cobrando día a día, mayor fuerza expansiva, sea protegiendo al individuo, que es una forma de proteger a todos, sea protegiendo las aspiraciones del grupo, los intereses de la comunidad.

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Santiago Berrios Caballero
Primer Vicepresidente del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz

LA FAMILIA

Todas las Constituciones del mundo, situan a la familia como la base fundamental de la sociedad y, en ella, al matrimonio como institución social donde el hombre y la mujer se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mútuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino.

En el sentido más amplio, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Según algunos autores: "La familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación". (Enrique Diaz de Guijarro.- Tratado de Derecho de Familia.- Tomo I Bs. As. 1953).

El expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el derecho de familia.

Es importante señalar que la familia no debe ser considerada en sentido restringido, como si comprendiera solamente al núcleo paterno-filial, denominado también familia conyugal o pequeña familia; es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

Esta figura de la familia conyugal o pequeña familia tiene mas una importancia social que jurídica, porque es el núcleo mas limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos estudios constitucionales del presente siglo, que tienden a imponer al Estado su defensa y protección.

Pero cuál es la naturaleza jurídica de la familia?. Existen varias teorías que pretenden mostrar a ella como una persona jurídica, como un organismo jurídico, o como una institución.

En efecto, los sostenedores de la teoría que señala a la familia como una "personalidad Jurídica", particularmente por Savatier, señalan que

la familia es una persona moral, concepto equivalente al de persona jurídica, puesto que la personalidad moral de la familia estaría dada fundamentalmente por la existencia de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales que a ella pertenecerían. Los derechos extrapatrimoniales serían el nombre patronímico, los derechos de potestad, el de defender la memoria de los muertos, y el de ejercer la defensa jurídica de la familia contra sus enemigos; y los derechos patrimoniales, la propiedad del bien de familia, la de los bienes que constituyen recuerdos de familia, la de los sepulcros, la reserva hereditaria, las asignaciones y prestaciones familiares, los derechos de la familia agraria en la legislación sobre arrendamientos rurales, y el patrimonio particular que reconocerían algunos regímenes matrimoniales, el que estaría obligado por las deudas particulares de la familia y provisto de recursos propios para afrontarlas.

Marido y mujer no son sino órganos de expresión de los derechos familiares.

Los Mazeaud, consideran que en el derecho vigente la familia no tiene una personalidad moral, pero conviven en que existe una orientación legislativa hacia su reconocimiento en los textos que aluden al jefe de familia, como también igual orientación en la jurisprudencia que reconoce una autoridad sobre ciertas masas de bienes particularmente afectadas a la familia, como los de la comunidad y los dotales, y que admite en cierta medida que algunos derechos - al apellido, sobre los recuerdos de familia, sobre las sepulturas - tienen por verdadero titular a la familia. Estiman, además, que la reforma que consagrase la personalidad daría excelentes resultados tanto en la esfera matrimonial como la extrapatrimonial.

En cambio Colin, Capitant y Julliot de la Morandiere, piensan que si bien el reconocimiento de la personalidad jurídica permitiría explicar mas fácilmente ciertos efectos, es pasible de objeciones decisivas que han impedido su exito; tales, la indeterminación y variabilidad del círculo de miembros de la familia, la aplicación de la personalidad moral sobre todo a las relaciones de la agrupación con terceros, relaciones que no se entablan entre éstos y la familia como tal, y la complicación del concepto jurídico de la personalidad moral, que no serviría para asegurar la cohesión del grupo, lo que es cuestión de moralidad y de costumbres.

El tratadista argentino Jorge N. Williams, ve en la familia un ente que puede adquirir derechos y contraer obligaciones, derechos y obligaciones que los enuncia siguiendo a Savatier; además estima que en ella se dá la existencia del bién común, todo lo cual lo lleva a sostener que es una persona jurídica.

Sin embargo, la realidad jurídica de nuestros tiempos está determinando que el legislador ha comenzado a transitar la senda que estima a la familia como el embrión de una persona jurídica, y que es cuestión de política legislativa establecer si debe irse más allá para afirmar por últi-

mo que moralmente y de un modo metajurídico es una suerte de persona colectiva en tanto la ley no la erija como sujeto del derecho.

La tesis de que la familia es **un organismo jurídico** ha sido sostenida por el Profesor italiano Antonio Cicu. Para éste la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria, que en este carácter se coloca junto al Estado pero es anterior y superior a él.

Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico; carácter que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se las confiere.

Trataríase de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado: en este habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían análogas, diferenciándose sólo en que la sujeción es el interés familiar. Es que la familia es un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, y en el cual todos se pertenecen recíprocamente, sin formación de un núcleo distinto.

En cuanto a la Familia **como institución**, la mayor parte de la doctrina la ve así, y es Maurice Hauriou quién parte del concepto, **institución**, señalando que es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de indivíduos determinados; tales la familia, la propiedad, un Estado en particular, que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación. La define como: "una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta, así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas" o bien como: "una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, para cuya realización se organiza un poder que le procura órganos" (Principios de Derecho Público y Constitucional).

Este autor señala como elementos de la institución a una idea objetiva descubierta, más que inventada, por una persona o grupo de personas, y que atrae la adhesión de otras; al ser compartida por otras personas y ser objetiva, constituye una idea-fuerza; por otra parte, las adhesiones que recibe la idea objetiva del fundador, ya que el carácter de idea-fuerza le da un efecto expansivo en el medio social, y finalmente la sujeción de voluntades que tiene lugar en razón de que el funcionamiento de la institución requiere de la existencia de poderes organizados que representen esa comunión de adhesiones, presten servicios a la institución y sometan sus voluntades subjetivas a la realización de la idea objetiva.

La institución sería así una manera regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también

por lo menos una asociación cuya función es la de desarrollar la actividad institucionalizada. Una familia, entonces, es una unión o asociación de personas, lo que equivale a señalarla como una institución, la institución de la que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad.

Otros autores si bien la consideran como institución, pero no en el sentido de corporación, de entidad dotada de personalidad jurídica propia, sino en el significado de regla de derecho, consiguientemente se la define como una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas que tienen el fin de asegurar la existencia y desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación, en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal.

EL MATRIMONIO

Después de una breve referencia a la **familia**, corresponde tocar el tema del matrimonio, encontrándonos frente a tres significados diferentes entre sí, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico.

En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y en el tercero es la pareja formada por los esposos.

Las significaciones jurídicas son las dos primeras, que han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio-fuente (ó matrimonio-acto) y matrimonio-estado, respectivamente. Matrimonio-fuente es el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio- estado es la situación jurídica que para los cónyugues deriva del acto de la celebración. Este doble significado tiene importancia para la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Se ha señalado que la palabra "matrimonio" es de origen latino y deriva de la unión de **matris** (madre) y **monium** (carga o gravamen); su significación etimológica da idea de que las cargas mas pesadas derivadas de la unión recaen sobre la madre.

En tal sentido decían las Partidas: "Matris et munium, son palabras de latín , de que todo matrimonio, que quiere decir tanto en romance, como officio de madre. E la razón porque llaman matrimonio al casamiento, e non patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre grand embargo con ellos, de mientra que los trae, e sufre muy grandes dolores quando han de nascer, e despues que son nascidos, ha muy grand trabajo, en cirar a ellos mismos por si.."

El doble significado de la palabra, así como la variedad de ideas-reli-

giosas, morales y jurídicas - que sobre el matrimonio recaen y pretende influencia, hacen difícil definirlo con exactitud; a tal punto que llega la dificultad que prácticamente no se encuentran dos obras de derecho de familia que lo definan del mismo modo, razón por la cual reproduciremos solamente las más difundidas en el derecho histórico.

Del Derecho Romano conocemos la de Modestino, según la cual las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano, y las de las Instituciones de Justiniano, que expresa que las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y la mujer que comprende el comercio indivisible de la vida.

También tuvo repercusión mundial la definición de Portalis, para quien es: "la Sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino .."

Entre otros autores modernos tenemos a Rodolfo Rivalora que dice "Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación de consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el Oficial del Registro Civil". Juan Carlos Loza: "Institución jurídica, formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen perpetuamente sus destinos para los fines de procreacion de la prole, la educación de los hijos, y la asistencia mutua, sometida al estatuto legal que regla sus relaciones".

El esfuerzo por definir con precisión al matrimonio es un tanto vano, máxime cuando en la definición se introducen notas que lo caracterizan en el moderno derecho de familia, pero señalemos que lo fundamental es que tal matrimonio-fuente o matrimonio-acto es el acto constitutivo del estado de familia de cónyugues (lo que tampoco es universalmente válido, ya que en ciertos ordenamientos lo constituyen la unión de hecho que haya durado determinado lapso. Caso de Bolivia dos años) y que el matrimonio estado es tal estado de familia o vínculo jurídico familiar, trasuntado en un complejo de derechos y deberes que el derecho fija.

Téngase en cuenta que las características del matrimonio actual son la unidad, la monogamia, la permanencia y la legalidad.

La unidad está dada por la comunidad de vida a que se hallan sometidos los esposos como consecuencia del vínculo que los liga; para fortalecerla, la ley procura una división de trabajos y de facultades, pero en determinados casos debe conceder un poder preponderante de decisión a uno de los esposos, generalmente el marido.

La doctrina canónica, y también algunos juristas, identifica unidad con monogamia, pero resulta más claro diferenciar estos dos caracteres dando a la unidad el sentido precedentemente indicado.

La monogamia implica la unión de un solo hombre con una sola mujer. Excluye toda forma de poligamia, trátese de la poligamia (unión de un hombre con varias mujeres) y de la poliandría (unión de una mujer con varios hombres), o bien del matrimonio entre un grupo de hombres y otro de mujeres. Es un carácter generalizado en la mayor parte del mundo, pero la poligamia perdura aún en los países musulmanes.

La unión conyugal tiene carácter permanente, en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad está asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. Pero permanencia no puede identificarse con indisolubilidad , porque es un carácter que se da inclusive en las legislaciones que permiten la disolución del vínculo en vida de los esposos -las de mayor parte del mundo-, ya que ella solo puede tener lugar en los casos que la ley prevé y según las formas que regula.

En cuanto a la legalidad, corresponde considerarla desde el punto de vista del matrimonio-acto o desde el matrimonio-estado. En el primer aspecto estaría dada por la celebración de las nupcias según las formas impuestas por la ley, pero sobre esto debe señalarse nuevamente la existencia de legislaciones que admiten el matrimonio de hecho. En el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar.

Pero cuál es el fin ó los fines del matrimonio?. El código de Derecho Canónico enuncia en forma expresa los fines objetivos del matrimonio, distinguiendo un fin primario y otros secundarios, subordinados a aquel.

El fin primario es la procreación y la educación de la prole, y los secundarios, la ayuda mutua y el remedio de concupiscencia (regulación y satisfacción del instinto sexual).

Las legislaciones civiles no hacen referencia a los fines del matrimonio, lo que se explica en razón de su irrelevancia jurídica. En cambio no están desprovistos de consecuencias jurídicas en el derecho canónico, donde por lo menos un acto positivo de exclusión del fin primario daría lugar a la invalidez del matrimonio. No por ello debe dejar de considerarse que los fines del matrimonio civil sean los mismos que los del matrimonio canónico, aunque quizás no quepa establecer el mismo orden jerárquico entre ellos.

Pues, de estos antecedentes se debe extraer la naturaleza jurídica del matrimonio.

A particulares dificultades y disensiones ha dado lugar la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio, problema que se complica porque muchas veces se ha perdido de vista el doble significado jurídico del vocablo matrimonio. Es clásica la oposición entre considerarlo como contrato o como institución, pero la doctrina moderna tiende a superarla

ateniéndose al indicado doble significado. Por otra parte, ha cobrado relevancia la opinión según la cual el matrimonio - acto no es contrato sino ac to jurídico, aun cuando subsista la discrepancia acerca de sus caracteres como tal.

Para el Derecho canónico, el acto de la celebración del matrimonio es, a la vez que sacramento é inseparablemente de él cuando se contrae entre bautizados, un contrato. Lo sería en razón de reunir los elementos esenciales de su existencia: sujetos, objeto y consentimiento; en especial se toma en consideración la existencia de este último elemento.

Se aclara, sin embargo, que tiene características especiales que lo distinguen de todos los demás contratos. Es distinto por su origen, ya que sería un contrato natural, impuesto por la naturaleza en bien del género humano, en tanto los demás provienen de la voluntad del hombre por el consentimiento, que es tan esencial que no puede ser suplido por ninguna autoridad humana ni hay tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento; por su objeto principal, ya que sus efectos y los deberes que de él deriven están determinados por la naturaleza y no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social; por su estabilidad y duración, ya que es perpetuo e indisoluble, no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana; y por su excelencia, ya que es sagrado y religioso por naturaleza y no simplemente civil y profano.

La doctrina de que el matrimonio canónico es un contrato fue formulada por los primeros glosadores y canonistas, y por Santo Tomás, persistiendo hasta nuestros días. En cuanto a la indivisibilidad entre el contrato y el sacramento, discutida por algunos canonistas, fue reafirmada en el syllabus de Pío IX en la Encíclica Arcanum Divinae Sapientiae de León XIII y en la Casti Connubii de Pío XI, y consagrada en el canon 1012 del Código Vigente.

Frente a esta doctrina, tenemos la concepción contractual Civil, con remota base en las opiniones de los canonistas disidentes - que sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento - se fue elaborando en Francia la concepción del matrimonio como contrato de Derecho Civil, que constituyó la base de su secularización producida tras la Revolución de 1.789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1.791, cuyo titulo II, art. 7, estableció que la ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil , fue la opinión unánime de los juristas del siglo XIX y persiste aún en muchos de los de nuestro siglo. Buena parte de la doctrina italiana la sostiene aún, a pesar de no llegar a extraer de ella las extremas conclusiones de la época de la Revolución Francesa - disolubilidad por mutuo disenso o por incumplimiento de las obligaciones asumidas - y con la salvedad de algunos de tratarse de un contrato de derecho de familia.

Si bien actualmente la identificación total entre el sacramento y el contrato de matrimonio entre cristianos parece consagrada definitivamente en la Iglesia Católica , parte de los teólogos de los siglos XV y XVI sostuvieron la separabilidad entre uno y otro, opinión sustentada por mas de veinte de los prelados y etólogos de nota intervinientes en el Concilio de Trento. En la segunda mitad del siglo XVII y en el siglo XVIII juristas franceses y teólogos galicanos la recogieron, dando así base al poder real de legislar sobre impedimentos y a la jurisdicción de los tribunales civiles en materia matrimonial, como también a la admisión del matrimonio civil para los disidentes.

Con ese apoyo y el de las ideas de los filósofos del Siglo XVIII especialmente Montesquieu y Voltaire, fué relativamente sencillo para los revolucionarios separar el contrato del sacramento, sometiendo el primero a la ley civil y dejando sólo el segundo a la Iglesia, o simplemente ignorándolo. Así lo dispuso la ya mencionada clausula constitucional de 1.791, sobre cuya base se dictaron dos leyes del 20 de septiembre de 1.792: una que organizó los registros del estado civil y el matrimonio civil, y otra que estableció el divorcio vincular por justas causas, por mutuo disenso, y aun por incompatibilidad de honor alegada por cualquiera de los cónyuges.

Entre los juristas, ya Pothier calificaba al matrimonio de contrato, si bien señalaba que es el más excelente y antiguo de todos ellos, excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil, y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres; señalaba también que celebrado entre fieles, había sido elevado por Jesucristo a la categoría de sacramento, por lo que era a la vez contrato y sacramento.

Luego la escuela exegética del siglo XIX y parte de los autores posteriores no vacilaron en catalogarlo como contrato, aun cuando por lo menos un germen de vacilación se nota en algunos.

Pues Huc Theofhile en su "Comentario teórico y práctico del Derecho Civil " (París 1.892 - 1.903) hacia una distinción entre los contratos relativos a las cosas y contratos relativos a las personas, como el matrimonio y la adopción, cuyas diferencias con aquellos - distintas reglas sobre el dolo, inadmisibilidad de plazo o condición, diversos modos de extinción, inadmisibilidad de promesa obligatoria de celebrarlos - señalaba. Es que el considerarlo como contrato no implica someterlo a las Reglas generales sobre las convenciones establecidas para actos relativos a la esfera de los intereses pecuniarios.

Con mayor vigor que en la doctrina francesa persiste la concepción contractual en la doctrina italiana. Después de la vigencia del Código de 1.942 participan de ella muchos juristas, aclarando que se trata de un contrato de Derecho Familiar. Esta expresión había sido utilizada ya en relación con el Código anterior, en cuyo art. 1098 no requería el elemento patrimonial en el concepto del contrato.

Esos juristas como Jemolo, Barassi, Degni, Gangi, Barbero y Bertola en ese orden, decían: "cuando al referirse al matrimonio se habla de contrato, se parte de una acepción del término más lata que la del art. 1321 del Código Civil, que sólo contempla los acuerdos que tienen por objeto una relación jurídica patrimonial. Es más perfecta la técnica que equiparará al contrato con el negocio jurídico bilateral o pluritaleral, como categoría general que puede encontrar aplicación en diversos campos del derecho para ser regulada autónomamente por cada uno de ellos, de modo que en el caso del matrimonio dominarían los principios fundamentales establecidos por el legislador respecto de los contratos, sin perjuicio de la irrenunciabilidad de los derechos que de él nacen y de la inderogabilidad por los particulares de las normas que lo regulan". Barassi cree que el Código Civil acoge el carácter contractual admitido por el derecho canónico, ya que cuando el art. 1321 define a los contratos, lo hace con relación a los que crean obligaciones patrimoniales y sin perjuicio de que subsistan contratos destinados a constituir, regular o extinguir relaciones no patrimoniales; entre ellos se encontraría el matrimonio, contrato de derecho familiar por el cual se crea un estado de familia, que es una forma o especie de contrato de adhesión. Degni se adhiere a la concepción contractual, con la limitación de que por tratarse de contrato de derecho familiar no puede ser regulada por las normas de los contratos "verdaderos y propios", sería contrato por su origen y su constitución, pero su estructura especial, ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y justificaría los limites que la ley pone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Gangi también parte de la -base de un concepto del contrato más amplio que el del Código Civil y equivalente al de negocio jurídico bilateral, para sostener que se trata de un contrato de Derecho Familiar, netamente distinto de todos los otros contratos de carácter patrimonial en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, especialmente la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento, la forma y los efectos, que tienen una regulación jurídica propia. También Barbero cree que la definición del art. 1321 no corresponde al "contrato" sino al "contrato patrimonial", y halla en el matrimonio la estructura del "hecho contractual" que estaría dado en el matrimonio como el libre intercambio de consentimientos Bertola afirma que el matrimonio tiene el carácter sustancial de contrato, es decir, de instituto estructuralmente constituido por el acuerdo de dos partes para dar vida a una relación jurídica entre ellas, aún cuando se distinga de todos los demás contratos por la solemnidad especial de las formas requeridas para su perfeccionamiento y por la exclusión de toda autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la determinación de su contenido.

En la doctrina alemana, es corriente la opinión de que existen contratos de derecho de familia, entre ellos el matrimonio.

En España la tesis contractual es sostenida por José Luis Lacruz,

quien ve en el acto constitutivo del vínculo un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, que no está privado de carácter contractual por las circunstancias de que sus consecuencias estén marcadas rígidamente por la ley, ya que la limitación de la autonomía de la voluntad no la considera consustancial con la noción de contrato. En la Argentina, no nos olvidemos de la posición asumida por Velez Sarsfield.

Pero también tenemos la **Concepción Institucional** que ha sido sustentada y desarrollada en Francia, enfrentándose a la concepción del matrimonio como contrato civil y quizás como consecuencia de los excesos a que esta podría dar lugar. Pues Velez Sársfield decía: " En un tiempo la Iglesia católica lo consideró sólo como un sacramento y la idea religiosa dominó todo el Derecho. Vino la revolución francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez: el divorcio perpetuo y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisiera. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos ni las relaciones indispensables de la familia, ni menos las necesidades sociales.

Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación jurídica cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes: serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares. Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una **Institucion Social** fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su **Institución**".

Es que no se puede poner al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por una singular advertencia olvidaron los romanos.

Para Charles Lefebvre "El matrimonio es una institución que no pertenece principalmente al orden jurídico de los contratos porque no se permite a los contrayentes estipular como verdaderos contratantes", inclusive resto valor al antecedente de la Constitución de 1.791, pues en la expresión utilizada: "contrato civil", habría prevalecido por sobre el tecnicismo del vocablo "contrato" la tendencia a la secularización del matrimonio expresada en la calificación de "civil".

Pero el desarrollo de la teoría sólo iba a producirse a través de la exposición de Hauriou, aplicada al matrimonio especialmente por Renard y por Bonnecase, bien que este último no dejase de reconocer que la institu-

ción era puesta en movimiento por un acto jurídico.

Hauriou relacionaba la Teoría de la institución con la indisolubilidad del matrimonio afirmando que la consecuencia de la concepción contractual es la disolubilidad del vínculo por todo incumplimiento grave de uno de los esposos. En una de sus obras Renard expuso que la familia es una institución, y el matrimonio el acto de su fundación; luego, sin dejar de insistir sobre esa idea, se refirió también al matrimonio como institución, propugnando su indisolubilidad.

Con más detenimiento examinó la cuestión Bonnecase, quien estimó un error de la Escuela de la exégesis el considerar al matrimonio como un contrato partiendo de la intención del legislador, ya que ninguna regla positiva hay en el Código Napoleón en tal sentido. Por el contrario, sostuvo que los propios textos excluían la tesis contractual, al establecer un papel activo a desempeñar por el oficial público, un lugar determinado de celebración en forma pública, fuera de normas especiales con respecto al consentimiento, la capacidad, la representación y los efectos. Afirmó que el matrimonio es una institución jurídica, un conjunto de reglas de derecho especialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral; tratariase de una institución jurídica compleja de la cual deriva una situación jurídica no menos compleja, el estado de esposos. Añadió que no dejaba de intervenir la noción de acto jurídico en el funcionamiento del matrimonio - institución, pero que en ello no había nada de particular al matrimonio; pues, el acto jurídico no produce efectos de derecho por si mismo sino fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica. Reconoció, por fin que el término "matrimonio" designa tanto a la institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de sexos y de la familia natural, como el acto jurídico que se concreta en la celebración de esta unión ante el oficial del estado civil y cuyo único objeto es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio; pero aseguró que este acto jurídico-complejo por reunir el consentimiento de los esposos y la intervención del oficial del estado civil que lo complementa - tiene una función externa, subordinada en relación a la institución jurídica del matrimonio.

La teoría de la institución ha influido también en el derecho canónico, porque algunos canonistas modernos han intentado introducirla en él, y de ello tenemos como ejemplo la Constitución Pastoral "Gaudium et spes del Concilio Vaticano II (7 de diciembre de 1.965) que en nuestro concepto es una admisión al decir: del acto humano por el que los esposos se dan y se reciben mutuamente nace, aún ante la sociedad, una institución confirmada por la Ley divina".

En el derecho positivo, la ha recogido el Código Civil de las Islas Filipinas de 1.949, cuyo art. 52, 1era. parte, expresa que: "el matrimonio no

es un mero contrato sino una institución social inviolable".

Sin embargo tenemos la Teoría Mixta, donde lo contractual pone el acento en el consentimiento de las partes expresado en el acto de celebración del matrimonio ; la institucional, por el contrario, en la inderogabilidad por las partes del régimen legal a que quedan sometidas como consecuencia de ese acto, del complejo de derechos y deberes de los cuales no pueden apartarse. Estamos entonces frente al matrimonio - acto en la primera, y el matrimonio- estado en la segunda.

Considerar al matrimonio como una institución, explica la intervención del representante del Estado, la imposibilidad para los cónyugues de modificar sus efectos, la de ponerle fin por el mutuo disenso, y el apartamiento de la teoría de las nulidades con relación al derecho común de las nulidades contractuales, así como la aplicación de las leyes nuevas en la materia. Es que la tesis contractual si bien explica la preponderancia atribuida al consentimiento y la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento, pero también debe tenerse en cuenta que el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución.

Algunos tratadistas consideran que el matrimonio es un conjunto de reglas de derecho a las cuales las partes sólo pueden adherirse y no modificar ni suprimir sus efectos, y que el carácter institucional explica la celebración del matrimonio por el representante del Estado.

No podemos dejar de mencionar a Leon Duguit quien creó la denominación de **acto-condición**, con relación al Derecho Público, pero trasladada luego al Derecho Civil. Distinguía este autor tres categorías de actos jurídicos: el acto-regla que tiende a producir una modificación del derecho objetivo, como las leyes, reglamentos, estatutos de sociedades o asociaciones, convenciones colectivas de trabajo, etc.; el acto subjetivo, cuyo objeto es crear una relación jurídica entre las partes y cuyo tipo es el contrato; y el acto-condición, acto que constituye la condición de la aplicación a un individuo determinado de una norma jurídica o de un estatuto que no le eran aplicables anteriormente. En esta última categoría entraría el matrimonio, como convención que condiciona el nacimiento de una situación legal.

Advertimos que en este tipo de actos, los particulares no tienen sino la libertad de otorgarlos o no otorgarlos pero sus efectos están prefijados por la ley.

Finalmente tenemos la teoría de que el matrimonio es un **Acto Jurídico Familiar**, considerándolo en Italia y España como un negocio jurídico familiar.

En conclusión diremos que surge claramente la precedente reseña doctrinal que, en buena medida, la discusión entre la concepción contractual y la institucional deriva de no haber fijado la atención en que el voca-

blo matrimonio tiene, jurídicamente, el doble sentido señalado al principio: matrimonio -acto y matrimonio - estado.

Para nosotros el matrimonio es una Institución de Derecho Público , en el entendido de que sus caracteres son los siguientes: a) es bilateral, porque requiere del consentimiento de los dos contrayentes; es legítimo porque su celebración está reglamentada por ley; c) es indivisible, por que no puede ser válido para una de las partes é inválido para la otra ; d) produce una comunidad permanente de vida, y e) porque interviene en su celebración el Oficial representante del Estado como institución socio- política

DERECHO DE FAMILIA

Partimos de la definición clásica de que: "El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares", considerando que basta ese simple concepto o definición para caracterizarlo sin abrir juicio acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido.

Pese a esta nuestra posición, convengamos en que existen numerosos intentos de definirlo con mayor exactitud, los que felizmente no logran su propósito porque en su intento de precisar el concepto deben recurrir a nociones controvertidas. Para ello mencionaremos algunos antecedentes doctrinarios:

Juan Carlos Rebora en su obra "Instituciones de la Familia", señala "El derecho de familia es el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado cultural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran ; a las relaciones de estos individuos entre si y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según las circunstancias, para su restauración o reintegración".

Días de Guijarro en su tratado de derecho de familia afirma que es "el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regula el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales".

Esta última definición la observamos señalando que no es la ubicación de las normas en determinados cuerpos legales la que define la rama del derecho a la cual corresponden: que el derecho de familia no regula sólo los actos de emplazamiento en el estado de familia sino igualmente las

formas de desplazamiento de él, y finalmente no todos los efectos patrimoniales del estado de familia están regulados por el derecho de familia, ya que el derecho sucesorio intestado es efecto patrimonial de dicho estado y está regulado por otra de las divisiones del derecho civil.

Entonces cuál es la ubicación del Derecho de Familia entre las ramas del Derecho?

Es un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas sobre la ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho.

Tradicionalmente forma parte del Derecho Civil. Sin embargo, la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas, ha hecho que la doctrina dude acerca de si dicha ubicación es o no correcta.

La tesis de que el Derecho de Familia es parte del Derecho Público ha sido sostenida por Jellinek, porque la organización de la familia ha tenido un incesante movimiento, del orden doméstico al derecho privado, y de éste al público. Es que se ha ido acentuando de manera innegable su aspecto de Derecho Público, el cual está dado por el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus poderes-funciones en las relaciones jurídicas del derecho de familia. Muchos autores sostienen que estaríamos viviendo el tránsito del derecho de familia, del derecho privado al público.

Angel Ossorio que fue autor del Anteproyecto del Código Civil Boliviano allá por el año 1.943, participaba de la tesis de que el Derecho de Familia es parte tanto del Derecho Privado como del Público, porque en el Derecho de Familia se regulan funciones sociales que no excluyen la existencia de derecho privado, pero que existen zonas del derecho de familia que han pasado ya a formar parte del Derecho Público.

Pero también aparece una otra tesis, señalando que la ubicación estaría en el Derecho Social, sobre la base del esquema esbozado por diversos autores como Gierke, Gurvitch, Cesarino Junior, Deveali, Perez Botija, Castan Tobeñas y otros, afirmando una nueva división tripartita del derecho; Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social.

Sostienen que el Derecho Público tiene como sujeto al Estado, y hay en el una relación de subordinación y dependencia e interés de autoridad; hay una sujeto jerárquico y sujetos secundarios. El Derecho Privado en cambio, tiene como sujeto a la persona o al Estado como particular, y su fuente normativa es la voluntad que sólo puede ser afectada por el orden público; no hay sujeto jerárquico, y las obligaciones y derechos nacen de aquella voluntad. Finalmente, en el Derecho Social el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera; por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuan-

do se ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad.

Dentro de ese esquema, coloca al Derecho de Familia como rama del Derecho Social, junto con el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social. Incluso se apoya para esa tesis en algunas legislaciones, donde entre los derechos sociales incluye los familiares, de manera que concluyen señalando la inaplicabilidad al derecho de familia de los principios generales del Derecho Civil.

Para tener una idea más puntual y concreta, corresponde referirnos a los caracteres peculiares del Derecho de Familia, que lo diferencian de las otras ramas del Derecho Civil, siendo ellas:

a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, lo que hace que su regulación sea un problema de política legislativa.

b) la circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, bien de poderes -funciones.

c) El rango superior de las relaciones familiares puras y organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos pecuniarios de dicha organización.

d) La mayor restricción de la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho civil, pues casi todas sus normas son imperativas. En cuanto a su contenido, diremos que el Derecho de Familia comprende normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar.

Ha quedado superado actualmente el antiguo esquema, que distinguía entre el Derecho de Familia y el Derecho Civil patrimonial, y que llevaba a esos Códigos a legislar entre los contratos las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Los códigos y proyectos modernos deben tener en cuanta que el Derecho de Familia comprende el derecho matrimonial (promesa, celebración, nulidad, efectos extrapatrimoniales y patrimoniales, disolución del matrimonio y limitación de sus efectos), las relaciones jurídicas paterno - filiales (filiación legítima, ilegítima y adopción) y las relaciones parentales en sentido amplio (derecho del parentesco), situándose bien en este último o bien independientemente las denominadas relaciones cuasifamiliares, comprensivas de la tutela y la curatela. También se estudian en el Derecho de Familia las consecuencias jurídicas de la unión de hecho (concubinato).

Pues, en los últimos años ha comenzado a elaborarse una teoría general del derecho de familia independiente de la parte general del derecho civil.

Por otra parte debe tenerse presente que el estudio de la regulación jurídica del bien de familia es un componente del Derecho de Familia. Dicha regulación formaría parte del Derecho de Familia patrimonial, comprensivo de las instituciones jurídicas reguladoras de las relaciones patrimoniales emergentes del estado de familia. Tal Derecho de Familia patrimonial comprendería la prestación de alimentos, los regímenes matrimoniales, el bien de familia o patrimonio familiar, la regulación de usufructo y administración de los bienes de los incapaces sujetos a tutela, curatela, o adopción, y finalmente la incidencia de los vínculos familiares en los derechos patrimoniales ordinarios. La proposición de incluir el estudio del bien de familia en el Derecho de Familia no puede escindirse totalmente de lo personal, ya que la realidad muestra su contínua vinculación y la imposibilidad material de separar lo uno de lo otro, fuera de que razones didácticas aconsejan estudiar los aspectos extrapatrimoniales y patrimoniales de cada institución conjuntamente.

Si se atiende a que las leyes imperativas son aquellas que establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas, parece indudable que en su casi totalidad las normas jurídicas familiares queden comprendidas entre ellas, ya que no podrían los particulares modificar la regulación que el Estado impone por razones de interés social. Sólo en supuestos excepcionalísimos se podrían admitir que reglas de este tipo sean supletorias; es decir, que los particulares puedan apartarse convencionalmente de ellas.

La imperatividad de las normas jurídicas del Derecho de Familia está destinada a satisfacer el interés familiar que consiste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo, siempre que armonice con dichos fines esenciales, por eso debe tenerse en cuenta la participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.

ACTO JURIDICO FAMILIAR

Partimos del concepto que sobre acto jurídico se tiene y diremos que:

"Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

La relación jurídica que el acto jurídico tiende a establecer puede ser una relación jurídica de derecho de familia, o el derecho subjetivo cuya creación, modificación, transferencia, conservación o extinción persigue, puede ser un derecho subjetivo familiar. En tales casos cabe la denominación de acto jurídico familiar. Por consiguiente, acto jurídico familiar es el

acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares, o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares este admitida por la ley.

El carácter imperativo de la inmensa mayoría de las normas del Derecho de Familia influye decisivamente sobre el acto jurídico familiar, haciendo que en muchos casos -pero especialmente en los actos de emplazamiento en el estado de familia -sus efectos o consecuencias estén exclusivamente reglados por ley, y que el juego de la voluntad humana se limite al otorgamiento del acto. De ahí la existencia de corrientes doctrinales que sustentan al acto jurídico familiar.

Los actos jurídicos familiares no están sujetos a modalidades (condición plazo o cargo), señalándose como principales actos jurídicos familiares los esponsales, el matrimonio, el divorcio, la convención matrimonial, la reconstitución de la sociedad conyugal, la constitución del bien de familia, el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la adopción, la legitimación, el convenio sobre el cuidado de los hijos, el convenio sobre alimentos, la designación de tutor o curador, la renuncia a la tutela o la curatela, la emancipación, así como la promoción de las demás acciones de estado de familia que consisten en la constitución del estado, su reconocimiento o su extinción.

EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION BOLIVIANA

Consideramos fundamental señalar la experiencia boliviana en el campo del Derecho de Familia, anotando que en el anterior Código Civil Boliviano que data del 25 de octubre de 1.830, los legisladores introdujeron en el Libro Primero, Títulos V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, una serie de actos jurídicos familiares, como el matrimonio, el divorcio, la paternidad y filiación, la adopción, la Patria Potestad, la Minoridad, la tutela, la emancipación, la mayoridad, y la curatela, así como de los menores.

En cuanto al matrimonio, éste se encontraba determinado en el marco de las formalidades necesarias para su celebración, establecidas por el Concilio de Trento y la Iglesia Católica, Apostólica y Romana; es decir, se reconocía solamente el matrimonio canónico ó religioso. Pero a partir de la Ley de 11 de octubre de 1.911, en cuyo art. Primero se estableció que: "La Ley sólo reconoce el matrimonio civil, que deberá celebrarse del modo que se determina a continuación", sujetó como condición para celebrarse posteriormente el matrimonio canónico o religioso, sin que este último pueda surtir efectos legales, lo que quiere decir que el válido es el matrimonio civil.

En cuanto al divorcio, ese Código Civil en su art. 147 reservaba a los

Tribunales Eclesiásticos la facultad y competencia para fallar sobre el divorcio; pero, en cuanto a la presentación de alimentos, expensas y restitución de dote conocían los Jueces Civiles.

Pero es por Ley de 15 de abril de 1.932, cuando se determina el Divorcio Absoluto, estableciendo las causales para hacer viable el mismo, cuando en rigor de verdad hasta aquel momento el art. 147 del Código Civil Santa Cruz era simplemente declarativa y sin aplicación en la práctica por su caracter estrictamente canónico.

Es que el Código Civil Boliviano de 1.831 y que fuera abrogado por Decreto Ley No. 12760 de 6 de 1.975, considerado primer monumento en su género en la América Latina, según justa definición de Melchor Terrazas, fue modelado por dos legislaciones de diversa índole: la española, conformada a las tradiciones romanas y a los cánones católicos, y la francesa que inauguraba la civilización moderna. Tal hetereogeneidad de sus elementos componentes (meramente adoptados) produjo forzosamente antinomias, ambigüedades, textos truncados u oscuros, expresiones impropias , inclusive institutos ajenos en absoluto a la idiosincracia propia que quedaron prácticamente en desuso (dote, capitulaciones matrimoniales, v.gr.) y vicios de traducción en la copia, que le valieron en su larga vigencia juicios siempre despectivos, de los cuales el más benévolo, seguramente es aquél que le cataloga como una obra empírica.

Es entonces que a partir de 1.911, complementada en 1.932, ya se concibe la presencia de dos leyes que formarán parte del Derecho de Familia, independientemente del Código Civil, a las que se añade el Código del Menor, así como los otros actos jurídicos familiares viniendo a conformar precisamente el Nuevo Código de Familia, reconociendo en efecto que el Derecho de Familia debe ser parte del Derecho Público por las connotaciones jurídico-sociales que hemos anotado en el análisis de las diferentes teorías sobre la ubicación del Derecho de Familia entre las ramas del Derecho.

Como a partir de 1.972 se producen los cambios estructurales en el campo jurídico en Bolivia, mediante Decreto Ley No. 10426 de fecha 23 de agosto de mil novecientos setenta y dos años se aprueba y promulga el Código de Familia con cuatro Libros, a saber: Del Matrimonio; de la filiación; de la autoridad de los padres y de la tutela; finalmente De la Jurisdicción y de los Procedimientos Familiares, con 480 artículos, lo que significó que en el actual Código Civil se excluyeran los Títulos V al XI del Libro Primero del Código Civil Santa Cruz abrogado, consecuencia - además -de que el país ha experimentado notables transformaciones que, sobre todo después de la Guerra del Chaco y la Revolución de abril de 1.952, han calado muy hondo en su realidad histórica.

La valoración normativa de esas transformaciones, más que reformas parciales, impone por eso un nuevo ordenamiento mediante una reforma

integral.

Tres son los modos históricamente conocidos de formación del Derecho ó formulación, si se prefiere - : creación, adopción, adaptación, habida cuenta que el Derecho es -dice Messineo- un fenómeno de civilización; es incluso índice del grado de civilización .

En la creación, la Ley es el producto de las necesidades naturales propias de un estado social determinado, implica redactarla y formarla según propia inspiración, ante la observación del ambiente propio.

En la adopción, se trasplanta simplemente el Derecho ajeno que, por lo regular, resulta inadecuado para el país adoptante, igual que para una persona el traje tipo ropa hecha. Sólo una gran casualidad - ciertamente muy aleatoria - puede hacer que el derecho de una Nación convenga a otra según enseño Montesquieu en su "Espiritu de las Leyes".

La adaptación supone acomodar, adecuar a las propias necesidades y peculiaridades el Derecho ajeno. La ausencia de originalidad para crear, se suple para preservar la pretensión de independencia, no con la mera imitación, sino con el inteligente aprovechamiento de un modelo extranjero.

Sabemos que casi todas las legislaciones de América Latina mantienen en el Código Civil el Derecho de Familia. Pero en lo que corresponde a Bolivia, por estar de acuerdo con la tesis de que el Derecho de Familia es parte integrante del Derecho Público, los legisladores han traducido en el Código de Familia, completamente autónomo, sin que por ello se pueda considerar un instrumento legal enmarcado en alguna doctrina extremista, sea esta de derecho o de izquierda, tal cual lo han concebido algunos tratadistas, al señalar que solamente en un régimen fascista o nacista en un caso, o comunista en otro, es posible aquella autonomía.

Pese a que todos los Códigos Bolivianos son producto de un gobierno de facto, entre los que se encuentran el Código de Familia y el Código del Menor, estos continúan vigentes en un Estado de Derecho, con lo que se ha legitimado su aplicación.

Es que nuestra Constitución Política del Estado del 2 de febrero de 1967, ya había introducido varias reformas en materia de Derecho de Familia como aquel de la igualdad jurídica de los cónyuges y de los hijos, aún sean estos extramatrimoniales, con lo que se resolvió un problema más que centenario.

EL CODIGO CIVIL PERUANO

La reforma del Código Civil de 1.936 y que fuera promulgado el 24 de julio de 1.984, ha mantenido el Libro referido al Derecho de Familia, introduciendo algunas sustanciales reformas y modificaciones que son dignas de destacar, pero también enmarcadas en el contenido de la Constitución Política del Estado de 1.979, referidas al matrimonio, considerando a éste una institución y de ninguna manera un contrato.

Los otros actos jurídicos - y no negocios jurídicos -como el divorcio la adopción, la tutela, la curatela, asi como el Consejo de Familia, nos muestran un avance extraordinario que viene a fortalecer la teoría del Derecho de Familia autónomo y no parte integrante del Derecho Civil.

La incorporación del Consejo de Familia como institución, es para el Derecho de Familia en Bolivia un ejemplo que debe ser tomado muy en cuenta, de manera tal que sirva para que en un futuro se incorpore a esta en el Código de Familia y en la sección referida al Menor, habida cuenta de que se está en los prolegomenos de modificar y reformar nuestros Códigos.

Pero lo que corresponde hoy, al margen de destacar aquellos logros en materia de Derecho de Familia, es observar la permanencia como simple Libro en el Derecho Civil Peruano, considerándoselo como rama del Derecho Privado, pese a que estamos convencidos de que al constituir leyes imperativas que establecen soluciones de aplicación inexorable, y que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas, éstos no pueden modificar la regulación que el Estado impone por razones de interés social.

Reiteramos entonces que la imperatividad de las normas jurídicas del Derecho de Familia está destinada a satisfacer el interés familiar, donde participan los órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o a su patrimonio.

El Libro Tercero del Código Civil Peruano, pese a que se tiene el Código de los Niños y Adolescentes instituido por Decreto Ley 26102 del 29 de diciembre de 1.992, incorpora al menor en varios de sus artículos, en el Título Tercero de la Sección Tercera correspondiente al ejercicio, contenido y terminación de la Patria Potestad, lo que nos parece un contrasentido, puesto que ello corresponde precisamente al tema del menor, debiendo en consecuencia incorporarse al Derecho de Familia aquel Código del los Niños y Adolescentes, de manera tal que se uniforme la legislación familiar.

Otro tanto ocurre con el Amparo Familiar, porque observamos que algunas de sus normas se encuentran también legisladas en aquel Decreto Ley 26102 así se colige por ejemplo del art. 511 del Código Civil que comentamos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

La experiencia boliviana demuestra objetivamente que el Derecho de Familia y el Código del Menor, amén de un procedimiento especial para las acciones judiciales que se conocen también con el nombre de acciones de estado de familia, ha venido a constituirse en un mecanismo de protección de la familia en forma positiva.

No olvidemos que las acciones de estado de familia tienen por finalidad lograr un título de estado de familia del cual se carece (comprobar el estado), aniquilar un título de estado falso o inválido (destruir el estado) o bien crear un estado de familia nuevo o modificar el estado de familia de que se goza.

El Código Civil Peruano hace mención en forma simple al "juez" lo que nos hace suponer que las acciones de estado de familia son conocidos por el Juez ordinario; es decir el Juez en materia civil, mientras que en Bolivia se ha creado una jurisdicción especial: la judicatura de familia, tanto de Instrucción para conocer petición de alimentos, tutela, adopción, arrogación, como de Partido para tramitar divorcios, nulidad de matrimonio, investigación de paternidad, matrimonio de hecho, con competencia y jurisdicción determinada, habiéndose establecido a través de nuestra nueva Ley de Organización Judicial la Judicatura del Menor.

Tenemos que enfatizar que las acciones familiares no pueden ni deben estar en conocimiento de un Juez ordinario, porque compete al Estado su intervención permanente, como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades a lo largo de esta breve exposición, en la pretensión de demostrar que el Derecho de Familia se encuentra en el ámbito del Derecho Público y así lo han comprendido nuestros legisladores y juristas en Bolivia , de manera tal que es necesario la autonomía del Derecho de Familia.

Esta experiencia la transmitimos a nuestros colegas del Perú sosteniendo la tesis de esa autonomía, porque el Libro Tercero del Código Civil Peruano debe ser complementado con el Código del Niño y el Adolescente, para lograr un Código de Familia, dotándole al mismo tiempo de su propio procedimiento a los fines de las acciones de estado de familia.

Por lo demás, la estructura del Libro Tercero, responde a los requerimientos de la realidad jurídica del país y la modernidad del Derecho.

Para concluir, a nombre del Ilustre Colegio de Abogados de La Paz y el mío propio, hago llegar a los distinguidos profesionales del Derecho particularmente a los doctores Carlos Fernandez Sessarego, Max Arias Schreiber Pezet, Enrique Varsi R. y los organizadores de este magno y extraordinario Congreso, así como al Centro de Investigacion de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, nuestras más sinceras felicitaciones, augurándoles éxito en los resultados y conclusiones para lograr enriquecer vuestro Código Civil, que a lo largo de sus diez años de vigencia ha demostrado resultados positivos, pero que merece un mayor perfeccionismo para un mejor servicio a la sociedad peruana.

LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA: ENMIENDAS AL LIBRO III DEL CODIGO CIVIL

Alex Fernando Plácido Vilcachagua
Prof. Universidad Lima - Unife

Señores:

A partir de considerar que la familia se halla regulada por preceptos emanados de la costumbre, la creencia religiosa y la disposición escrita de la ley, que, al reglar las relaciones de los componentes del grupo, forman en orgánica conjunción el estatuto jurídico llamado Derecho de Familia, y, atendiendo a los cambios introducidos por la Constitución Política del Perú de 1993 y la Convención sobre los derechos del niño, se ha elaborado la propuesta de reforma del Libro III del Código Civil. En ella, se pretende reflejar las innovaciones necesarias para consolidar más aún a la familia, observando las transformaciones socio-económicas ocurridas en nuestra sociedad y los pronunciamientos reiterados de los jueces y tribunales peruanos. Las siguientes son las enmiendas formuladas:

1.- DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROMOCION DEL MATRIMONIO

"**Artículo 234º.-** El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

La regulación jurídica del matrimonio tiende a favorecer su celebración y convalidación.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

La más importante fuente jurídica del Derecho de Familia es el matrimonio. Es menester promover la organización de la familia sobre la base jurídica del matrimonio. De allí, se justifica la incorporación de la esencia del principio de promoción del matrimonio: favorecer las nupcias.

De esta manera la forma civil para la celebración del matrimonio consuma la protección de la familia.

Los alcances de los principios de promoción del matrimonio y de la forma para su celebración determinan que en el ordenamiento civil se replantee el capítulo referido a la celebración del matrimonio. En tal virtud, tratando de facilitar el trámite para la celebración y de prever legislativa-

mente supuestos excepcionales que justifiquen un tratamiento particular, se propone clasificar la forma civil para contraer nupcias en forma de celebración ordinaria y extraordinaria.

En términos generales, la forma de celebración del matrimonio se regirá por los principios de oralidad, presunción de veracidad, de eliminación de exigencias y formalidades costosas y de gratuidad. De otro lado y de acuerdo con el Decreto Ley 26127. -Ley del Sistema Nacional del Registro del Estado Civil-, los pretendientes podrán presentar, a su elección, la declaración del proyecto matrimonial ante el alcalde o ante el jefe de la Oficina del Registro Civil.

De otra parte, los casos del matrimonio in extremis, del matrimonio civil masivo y de la conversión de la unión de hecho a matrimonio civil, justifican un tratamiento particular dentro de los principios de la forma ordinaria. En el primer caso, se introduce la posibilidad de que los jefes de cuerpos militares puedan celebrar el matrimonio civil sólo respecto del personal en campaña, bajo su mando y cuando se encuentre en inminente peligro de muerte. Se extiende esta facultad a los capitanes de buques militares y mercantes, al ministro de un culto religioso reconocido oficialmente y al alcalde. En la segunda circunstancia, se incorpora la regulación del matrimonio civil masivo a fin de establecer la forma única que deberán observar las municipalidades, para la celebración del mismo, evitando contradicciones y arbitrariedades. Finalmente, como el emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, ya que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden a ese estado, se considera que los convivientes si acreditan el estado aparente de hecho en que se encuentran, permanente y singular, estarán exonerados de la presentación de los documentos indispensables para casarse.

Respecto de la convalidación del matrimonio, se han reducido los plazos de caducidad para ejercer la pretensión de invalidez del matrimonio y se incorpora, como supuesto de hecho convalidante, la circunstancia de que los cónyuges hagan vida común.

Con relación a los regímenes patrimoniales del matrimonio, se introduce el principio del interés familiar como el límite a la gestión de los bienes, ya sea en sociedad de gananciales o en separación de patrimonios. De otro lado, se incorpora la obligación de rendir cuenta a cargo del cónyuge administrador de los bienes propios del otro y de los bienes sociales. Ello permitiría adoptar las medidas inmediatas a fin de evitar mayores perjuicios y no esperar el momento de la liquidación de la sociedad. Se sustenta en el deber de información económica de cada cónyuge al otro -expresión de la comunidad de intereses del régimen de sociedad de gananciales-, que afecta la administración de los bienes propios, pues sus frutos son bienes sociales, y a estos últimos.

Igualmente, y para la disposición de los bienes sociales, se propone la autorización judicial por atender al interés familiar, en caso que uno de los cónyuges esté imposibilitado para intervenir en el acto o se negare injustificadamente. Se sanciona con la anulabilidad el acto de disposición de bienes sociales realizado sin intervención de un cónyuge o sin autorización judicial. Ello en razón a que sólo se afecta el interés de los cónyuges, y del tercero adquiriente, sin atentar contra el interés general. De otro lado esta solución permitiría al cónyuge no interviniente, la posibilidad de confirmar el acto.

Finalmente, la sustitución judicial del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios operará cuando se perjudica el interés de los cónyuges o cuando no existe la comunidad de intereses, en donde el esfuerzo de ambos cónyuges sustenta la vigencia del primero de los regímenes nombrados. Por ello, se han ampliado los casos en que procede demandar la sustitución judicial.

2.- DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE AMPARO A LAS UNIONES DE HECHO.

"Artículo 235.- La unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, forma un hogar de hecho que produce los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce".

Debe promoverse que el matrimonio constituya el fundamento de la familia. Sin embargo, esto no significa negar amparo a la familia creada en virtud de vínculos extramatrimoniales.

La actitud abstencionista del legislador, que en algunos casos deja sin solución este importantísimo problema social, y, en otros, lo regula de modo fragmentario, produce hondo vacío y deja perdurar un incesante y grave mal.

No se trata de amparar directamente la unión de hecho, sino de elevarlo a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello no se aprueba ni fomenta la unión de hecho, pero tampoco se cierran los ojos ante hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles.

La regulación jurídica de la unión de hecho debe tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractivo, lo que virtualmente fomentará el matrimonio.

De allí, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados efectos personales y patrimoniales.

En el aspecto patrimonial y de acuerdo a la previsión constitucional de 1993, la unión de hecho, desde su origen, da lugar a una comunidad de bienes a la que se aplican las normas del régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea pertinente; sin que sea necesario, para ello, el transcurso del plazo de dos años a que se refiere el artículo 326 del Código Civil vigente y que responde al postulado de la Constitución Política del Perú de 1979.

Sin desconocer el tratamiento legislativo del derecho penal, derecho procesal, derecho laboral y del derecho de la seguridad social, se reconoce a favor del conviviente supérstite el derecho a las jubilaciones, pensiones, e indemnizaciones debidas al causante y a continuar el arrendamiento del inmueble donde estaba constituido el hogar de hecho.

Por último y sin perjuicio de considerar al matrimonio consuetudinario y a la costumbre familiar como fuentes de derecho, resulta necesario incorporar a las uniones étnicas dentro del tratamiento de la uniones de hecho, quedando a criterio del juez el recurrir a los usos del lugar.

3.- DESARROLLO DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORIAS DE FILIACION. REGULACION DE LAS TECNICAS DE FERTILIZACION HUMANA ASISTIDA.

"Artículo 236º.- La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puedo ser matrimonial o extramatrimonial.

Toda persona tiene derecho a conocer a sus padres y a preservar su identidad en las relaciones familiares de conformidad con las disposiciones de este Código.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la condición de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad".

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Ello supone el establecimiento del vínculo paterno filial sobre la base del elemento biológico (naturaleza) o jurídico (adopción).

Siendo así, el ordenamiento legal debe prever -y así se propone- las acciones que tiendan a emplazar o desplazar un estado de familia que no se tiene o que no corresponde, respectivamente, a partir de la plena investigación de la filiación -recurriendo a toda clase de pruebas, incluso las biológicas- y de reconocer que el derecho del hijo de reclamar su filiación o de impugnarla es imprescriptible e irrenunciable. De esta manera, se pre-

servará la identidad en las relaciones familiares.

El principio de igualdad de categoría de filiación tiene como principales alcances el reconocimiento de idénticos derechos a todos los hijos y la prohibición de mencionar el origen de la filiación.

"Artículo 237º- Las técnicas de fertilización humana asistida se rigen por la legislación de la materia y, supletoriamente, por las disposiciones de este Código en cuanto sean pertinentes".

La regulación jurídica de las técnicas de fertilización asistida deben ser objeto de una legislación especial por sustentarse en consideraciones diferentes a las previstas en este Código sobre filiación y por comprender otros aspectos del Derecho Civil. De otro lado, en cuanto sea pertinente y por expresa remisión de la ley de la materia, deberán aplicarse los preceptos del Código Civil.

4.- DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DE MENORES E INCAPACES. EL DERECHO ALIMENTARIO Y EL MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES PERSONALES EN LA FAMILIA.

"Artículo 238.- Los padres **tienen el deber y el derecho** de proveer el sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Los hijos tienen el deber de obedecer, respetar, ayudar y honrar a sus padres".

Los vínculos jurídicos familiares generan derechos subjetivos familiares que son verdaderos deberes-derechos recíprocos entre las personas relacionadas entre sí. El efecto de la filiación es el establecimiento del vínculo paterno-filial, con ello, la determinación de los deberes-derechos que corresponden a padres e hijos.

En lo que se refiere a la determinación del ejercicio de la patria potestad, se precisa que durante el matrimonio y mientras exista convivencia, corresponde un ejercicio conjunto a ambos padres. Como la actuación de los padres supone atender al interés de los hijos, se introduce la presunción de que los actos realizados por un progenitor cuenta con el consentimiento del otro. Ello permitirá que, para todas aquellas cuestiones ordinarias vinculadas con los hijos, uno solo de los padres pueda practicar el acto, cuestión que se comprueba en nuestra realidad social. Sin embargo, la presunción no será aplicable en aquellos casos en que se requiere autorización judicial o cuando no haya conformidad entre los padres.

De otro lado, se incorpora el supuesto de la separación de hecho -esto es, cuando se suspende la convivencia matrimonial- para señalar que el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre que tiene a los hijos en su compañía o a quien judicialmente se le otorgue la tenencia. Con ello, se contempla la posibilidad de que el ejercicio de la patria potestad

sea materia de convenios entre los cónyuges o de decisión judicial cuando el convenio es contrario al interés de los hijos o no existe conformidad entre los progenitores.

Con el propósito de garantizar la permanencia de los lazos familiares, se precisa que el ejercicio de la patria potestad será conjunto cuando ambos progenitores han reconocido al hijo extramatrimonial y existe convivencia. En caso contrario, la patria potestad será ejercida como en el caso de separación de hecho entre cónyuges. De otro lado, se legisla el supuesto referido al progenitor que es declarado en tal condición judicialmente. En tal circunstancia y siempre que el juez compruebe la existencia de la posesión de estado de hijo extramatrimonial, sobre la probanza de actos directos del padre, se podrá conferir progresivamente el ejercicio de la patria potestad. La propuesta pretende recomponer el vínculo familiar.

Por último, se regula la determinación del ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos adoptados. Sólo en el caso que la adopción haya sido celebrada por ambos cónyuges, la patria potestad será ejercida de manera conjunta; resultando pertinente referirse a las disposiciones para los hijos matrimoniales.

Con relación a las restricciones al ejercicio de la patria potestad, se propone distinguir los casos que suponen un comportamiento de los padres, perjudicial al interés de los hijos, de aquellas circunstancias que imposibilitan de hecho el ejercicio. En el primer caso se está ante la "privación del ejercicio de la patria potestad "y procede judicialmente, en el segundo ante la "suspensión del ejercicio de la patria potestad" y procede en forma automática. Consecuentemente y en caso de privación, el ejercicio de la patria potestad será restituido a instancia judicial y, tratándose de la suspensión, la restitución operará automáticamente.

Finalmente y toda vez que por la adopción el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y adquiere la calidad de hijo del adoptante, se incorpora el supuesto de la extinción de la patria potestad por tal hecho respecto de los padres consanguíneos.

En cuanto al contenido de la patria potestad y en el aspecto patrimonial, se propone la derogatoria del usufructo legal paterno. En efecto, el usufructo legal paterno no se compadece con el principio de la inviolabilidad de la propiedad contenido en el artículo 70 de la Constitución de 1993. Resulta inadmisible que ese usufructo legal paterno quede sometido, en lo que excede de las cargas a las que está afecto, al poder de agresión de los acreedores de los padres que gozan de ese usufructo y, en su caso, que los frutos sean percibidos por los progenitores. Se propone reconocer a los hijos el derecho a percibir los frutos de sus bienes, con la obligación de destinarlos al sostenimiento de los propios menores y, en última instancia, de la familia.

Respecto de la Tutela, se reconoce a esta institución un contenido si-

milar al que se señala para la patria potestad. En tal virtud, se establece que el tutor debe proveer al sostenimiento del menor. Si bien el tutor tiene una posición semejante a la de los padres, su actuación es fiscalizada de manera inmediata por parte del consejo de familia.

En vista que en el Derecho de Personas no se ha efectuado la revisión sobre la incapacidad de ejercicio, la Curatela se mantiene sin alteraciones; salvo la previsión del Código Penal de 1991 que, al no contemplar la interdicción civil como pena accesoria, ha derogado tal incapacidad relativa.

"Artículo 239.- Las personas vinculadas por parentesco se deben alimentos recíprocamente y tienen derecho a conservar las relaciones personales indicadas por las circunstancias, de conformidad con las disposiciones de este Código."

La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual de derecho (matrimonio) o de hecho (unión de hecho), de la filiación y, en última instancia, del parentesco.

Se comprueba que las relaciones de familia se reconocen tanto cuando el grupo tiene como causa legal las nupcias, como cuando emana de una unión extramatrimonial. Asimismo, se comprueba la unidad de la familia, aunque difiere en extensión e intensidad.

De allí que el ordenamiento legal debe tender al mantenimiento de la unidad del grupo familiar y a la plena identificación de los componentes del mismo, reforzando de esta manera los lazos familiares.

En el derecho alimentario, se incorpora el concepto de recreación o esparcimiento dentro de los aspectos que comprende los alimentos para menores de edad. Asimismo, se precisa que la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes pasa del que debe prestarlos al obligado que le sigue cuando aquél no se halla en condiciones de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia. Se abandona la antigua acepción de "causa de pobreza". Finalmente, se reconoce validez y eficacia a la autonomía privada para regular convencionalmente los alimentos. En tal sentido, se podrá acudir al juez para exigir el cumplimiento de lo acordado. Si no hay convenio o habiéndolo resulta perjudicial al alimentista, el juez regulará la pensión alimentaria.

El derecho a mantener relaciones personales se extiende a los parientes y a terceros no parientes, como parte visitante, y a los incapaces, como parte visitada.

5.- INCORPORACION DE LA COSTUMBRE FAMILIAR COMO FUENTE DEL DERECHO FAMILIAR.

"Artículo 240.- El matrimonio consuetudinario y la costumbre familiar son fuentes del derecho sólo cuando a ella se refiero la

ley o en situaciones no regulados legalmente.

Excepcionalmente, el juez puede pronunciarse según el derecho consuetudinario matrimonial y familiar dejando de aplicar la ley, sin derogarla, si la costumbre conviene al interés familiar. El juez debe consultar la costumbre con las autoridades de la comunidad a la cual pertenecen.

En un país pluricultural como el nuestro, la ley positiva no tiene una real vigencia en aquellos lugares que se rigen por un derecho consuetudinario local.

Se evidencia que la familia se halla regulada, no sólo por disposiciones escritas de la ley, sino también por preceptos emanados de la costumbre, que, al reglar las relaciones de los componentes del grupo familiar, forman, en orgánica conjunción, el estatuto jurídico llamado Derecho de Familia. De allí, la necesidad de reconocer al matrimonio constumbrístico y a la costumbre familiar como fuentes del derecho.

Sólo en el caso de una costumbre contra legem, el juez puede pronunciarse de acuerdo con ella, sin derogar la ley, por atender al interés familiar.

Finalmente, la consulta de la costumbre garantizaría el valor del fallo judicial.

Por último, debo agradecer a los Doctores Carlos Fernández Sessarego y Augusto Ferrero Costa por la confianza depósitada en su discípulo al encargarle la exposición de la ponencia relativa al Derecho de Familia.

REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO Y EN LA UNION DE HECHO

Gustavo A. Bossert

Antes de ensayar algunas reflexiones sobre el tema de los bienes en el matrimonio y en la unión de hecho en el Perú y las posibilidades de retoque que el código del 84 en estos temas ofrece, quiero decirles algo personal, ya que no puedo dejar de expresar la alegría que siento estar de nuevo en esta casa, entre tantas caras amigas, y sintiendo la atmósfera de bienestar que producen en torno al forastero los modos amables y siempre bien dispuestos de los peruanos. De manera que gracias por la alegría de permitirme estar nuevamente junto a ustedes.

Vamos ahora a formular unas ligeras reflexiones sobre el régimen del 84 y las reformas propuestas. Pero antes de hablar del Código del Perú, dos palabras, para encuadrar el régimen peruano de bienes dentro del contexto que ofrece hoy el panorama jurídico mundial.

Todo país, toda comunidad jurídica organizada, salvo los estados islámicos ortodoxos donde el hombre es el que todo lo puede y no hay distribución de facultades de administración de los bienes en el matrimonio, todos los países tienen un régimen matrimonial, es decir, establecer de un modo u otro a quién pertenece los bienes entre él y ella, cómo se manejan dichos bienes, cómo se disponen, cómo se carga con las deudas, porque el matrimonio, contra quienes lo quieren reducir a términos económicos, no es una empresa común, no es algo que se puede parecer a una sociedad comercial de dos, sino que es el emprendimiento más noble, fundado en el propósito de llevar la vida adelante desde una casa común, con la ambición que se logra o no, de perpetuarse entre ambos a través de los hijos e ir enfrentando, en las buenas y en las malas, no sólo lo negocios sino las vicisitudes de la vida. Enfrentar el pago del almacenero a fin de mes no es para un asalariado, un tema económico como el de una sociedad anónima cuando debe pagar los productos adquiridos; estas son cosas que en el matrimonio se reflexionan y resuelven de noche, de dónde se saca dinero para pagar la intervención quirúrgica del hijo, la hipoteca de la casita que costó tanto llevar a construir; todo esto es lo que hace particular y distinto el régimen de bienes en el matrimonio.

Hay países que, en este tema, sostienen un sistema anacrónico; por ejemplo, la Argentina y los países socialistas, que desde la caída del muro

están cambiando su legislación. En este sistema existe un sólo régimen; en la Argentina- y no se asusten, que no voy hablar del derecho de bienes en el matrimonio argentino, es sólo una referencia crítica que hago-solamente existe la comunidad de gananciales; aunque claro que en Argentina hay un proyecto de cambio, que Dios quiera se haga realidad legislativa. Este es el sistema de la falta de libertad, de no confiar en que los cónyuges, según sus conveniencias y las modalidades de su vida y lo que les va apareciendo con el correr del tiempo, puedan ir adecuando acertadamente su régimen económico.

En el otro extremo, y una vez más paradigma de la libertad como nos la enseña desde hace doscientos años, se encuentra Francia . El régimen frances es un sistema donde se confía en la sensatez y el buen criterio de la mente; bueno, como no se va a confiar si Francia es también el arquetipo del pensamiento cartesiano, donde las cosas se analizan no en función de pasiones momentáneas sino de las esencias y lo que realmente corresponde .

Este sistema, que en alguna medida también aparece en Alemania, Italia y otros países europeos, es el de la libertad total.

El Código Civil francés dice a los franceses: les ofrecemos un régimen legal, la comunidad de gananciales, pero hagan lo que quieran, pueden elegir el régimen que prefieran, la separación de bienes, el de participación, la comunidad universal; y además propone a los matrimonios: armen el régimen que quieran, cuidando no alterar la igualdad del hombre y la mujer ni el régimen de la patria potestad y la tutela; es más, les dice a los franceses el régimen francés: pueden introducir las cláusulas que, sin violar esos principios fundamentales, les parezcan convenientes, y agrega una serie de cláusulas como modelo, que los franceses si quieren las toman y sino las dejan. Van a ver ustedes que menciono esto porque tal vez al Perú, en la propuestas de reforma que se están elaborando con tanta eficiencia, le convenga tener presente algunos de esos ofrecimientos que el Código Civil francés hace a quienes contraen matrimonio en Francia. Entre estos dos extremos hay posiciones intermedias; hay, digamos así, un tercer sistema, la posibilidad de que antes del matrimonio se elija, en reemplazo del régimen legal, otro régimen; éste es el sistema, por ejemplo, del Uruguay, de Puerto Rico. También, dentro de este tercer sistema, en algunos países, Colombia, Bolivia, está la posibilidad de introducir modificaciones al régimen elegido.

Cuarto grupo, y aquí vamos al Perú: se puede elegir entre el régimen que se ofrece, que en todos los casos es el régimen de comunidad de gananciales, o se puede pasar a otro régimen antes o después de celebrado el matrimonio. Este es el sistema paraguayo, es el sistema peruano y es el proyectado para la República Argentina.

Este es el sistema peruano donde, a diferencia del Código anterior, al

régimen legal de comunidad de gananciales, que el código llama sociedad de gananciales, se ofrece el régimen de separación de patrimonios, que en el mundo generalmente se llama de separación de bienes.

Vamos a ver este sistema peruano y los retoques que se están proponiendo, pero primero quiero señalar que nuestros países de raíz latina, con este fondo común espiritual que nos une a quienes que venimos de Grecia y después del Lacio, todos estos países tienen como régimen legal el de comunidad de gananciales. Este es el régimen de la solidaridad nacido en el derecho de costumbres del norte de Francia en tiempos de pobreza, cuando quienes se casaban sólo podían unir sus carencias para llevar adelante el hogar, a diferencia de los países de derecho escrito del sur de Europa, regiones más ricas, de sol, de mar templado y de cosechas, donde ejercía su gran influencia el derecho romano en el que prevalecía el régimen de separación de bienes, régimen que no descalifico, pero obviamente es "yo con lo mío y tú con lo tuyo", a diferencia del régimen de comunidad de gananciales donde lo tuyo es mío, lo mío es tuyo y todo, es de los dos.

Entonces, primer juicio crítico: está muy bien que el Perú y todos estos países nuestros, en honor al espíritu de solidaridad que debe caracterizar a la condición humana, tenían como sistema legal el de comunidad de gananciales; y es importante, porque generalmente- y ésta es la experiencia del mundo- la gente no hace cambios, toma lo que le da la ley; entonces, que bueno es que las leyes, la de ustedes, la mía, la de todos nosotros, establezca en la base el sistema de la solidaridad y que éste sea el que prevalezca en las costumbres y en la vida de nuestras familias. Hablando de esto, de que no existe mayormente la costumbre de hacer convenciones matrimoniales, les comento el ejemplo de Francia, donde sólo el 10% de los matrimonios- en este momento se están casando 278,000 parejas por año- sólo el 10% hace convenciones matrimoniales; es decir, hay un 90% que va a la boda sin pensar en el dinero y aceptando lo que el legislador le ofrece.

Veamos un poco, entonces, qué es lo que se puede decir sobre el régimen actual en función de la revisión que, bajo la conducción del profesor Fernández Sessarego, un grupo de juristas jóvenes está preparando para pulir y llevar a su mejor destino, a través de las experiencias recogidas en estos diez años, las disposiciones del código del 84.

Hace dos días, el Dr. Alex Plácido, con una capacidad de síntesis que me dejó impresionado, nos hizo un resumen del conjunto de reformas que la Comisión ha elaborado para introducir al régimen de bienes. Yo no me voy a ocupar en detalle de esto, pero voy hacer algunas reflecciones . El régimen de separación de bienes, incluido como régimen alternativo en 1984, está bien que se mantenga, a pesar del escaso uso hecho hasta el momento. En los países latinos, hay un sector de población que le interesa por esta forma matrimonial; es el sector compuesto por quienes van a un

segundo matrimonio. Pensemos en quienes pasaron ya por un divorcio, tienen tal vez hijos de la unión anterior, tiene él su almacén de la esquina y ella su tienda de ropa de mujeres, y se casan, no a los 24 o a los 25 años en el maravilloso desorden del romanticismo donde no se piensa en nada, sino que se casan con la prudencia que impone una primera frustración y con las responsabilidades de lo que ha quedado del primer matrimonio, los chicos y los bienes que durante diez o veinte años han ido reuniendo; este sector de segundos matrimonios es el que, en los países latinos, elige particularmente el régimen de separación de bienes. En Francia prefieren éste régimen los comerciantes y los industriales con negocios en marcha, particularmente cuando se casan pasada cierta edad; en Francia, el 85% de la población es asalariada y es la que compone la inmensa mayoría de población que no hacen convenciones matrimoniales; en el resto, particularmente entre empresarios, comerciantes, industriales, es donde se hace convención y, generalmente, se elige el régimen de separación de bienes.

¿Qué es el régimen de separación de bienes? Todos ustedes lo saben, pero lo recuerdo para quien no lo tenga demasiado presente; el régimen de comunidad de gananciales es el régimen donde todo lo que vamos ganando durante el matrimonio es de ambos, hay reglas para administrar separada o conjuntamente, deudas que pesan sobre esos bienes, etc; en el régimen de separación de bienes, no; todo lo que yo gano durante el matrimonio, al igual de todo lo que traigo desde antes, es exclusivamente mío, mis deudas son mías, tus deudas son tuyas, y administro lo mío, tú administras lo tuyo y no juntamos nuestros haberes.

Sobre esto quiero hacer una sugerencia a la Comisión Reformadora. En los países europeos, por ejemplo Francia, Italia, España, Alemania, previo a la regulación de los regímenes en particular, hay lo que se suele llamar el estatuto fundamental del matrimonio, o régimen básico o régimen primario. ¿Qué es esto? Normas que se aplican cualquiera sea el régimen que haya adoptado el matrimonio y que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes. ¿Por qué?. Por que tienen en cuenta lo que yo decía al comienzo, que ésta es una empresa peculiar, donde lo económico debe ceder su lugar a lo solidario y proyecto de vida en común que significa el matrimonio.

Yo les sugiero entonces, a los miembros de la comisión, que revisen los artículos 214 a 226 del Código francés a manera de ejemplo, para proyectar normas que formen parte de un estatuto básico, previo a los regímenes; por ejemplo, que para disponer del inmueble donde esta asentado el hogar y los muebles de uso indispensables a la vida del hogar -el hogar es un concepto del derecho de familia y de la sociología, no de los derechos reales, es un concepto vivencial, ahí donde se desarrolla la familia- para disponer se necesita el consentimiento de ambos, y esta previsión debe abarcar a todos los regímenes.

En el proyecto de reforma aparece una norma similar agregada al régimen de separación de bienes; pero el buen sistema es incluir un estatuto fundamental. Lo digo como una sugerencia que tomo de los regímenes europeos. Y fíjense que interesantes: la jurisprudencia francesa extiende la exigencia de que la voluntad de ambos esté presente para disponer del inmueble donde está asentado el hogar al caso en que se trata de ceder o renunciar el arrendamiento de la casa donde la familia vive.

También sugiero a los miembros de la Comisión Reformadora consideren la posibilidad de incluir en el estatuto el principio de solidaridad de él y de ella ante los acreedores cuando las deudas se han contraído con fines tales como el mantenimiento del hogar, en sentido amplio, la educación de los hijos e incluso el mantenimiento y conservación en buen estado de los bienes que son de uso indispensables a la familia. Piensen ustedes que, en un hogar de asalariados, la mujer que recorre los almacenes compra al fiado, ya que hay épocas del mes, en que, en casa de los asalariados, hay que comprar al fiado, y el almacenero, cuando la cuenta ha llegado a ser un poco abultada, teme no poder cobrar porque ella es una ama de casa; requiere entonces la firma o el aval del marido para seguir fiando a la mujer, pero ella dice que su marido está en Ayacucho cumpliendo una tarea; entonces la forma de lograr que el almacenero venda al fiado a la mujer, que el médico haga la intervención quirúrgica urgente para el chico, que la heladera sea reparada a pedido de la mujer ama de casa, es convertir a los cónyuges en deudores solidarios; aunque el marido no venga a poner la firma ni intervenga en la compra ni en el pedido de un servicio.

Otra sugerencia. Pregunté por qué tan poca gente elige el régimen de separación de bienes, y se me ha informado que es el tema del costo. Tenemos, en el Código del Perú, la disposición por la cual, previo a la celebración del matrimonio, se puede hacer una escritura pública optando por el régimen de separación de bienes. Una escritura pública cuesta dinero. Con buen criterio, la Comisión propone que pueda hacerse opción en el momento de la celebración a través de una nota marginal en el acta de matrimonio y luego una comunicación a los registros personales; sugiero que también, cuando la modificación de régimen se adopta durante el matrimonio, se adopte la misma previsión, no exigir la escritura pública, sino simplemente una anotación marginal en el acta y una comunicación al registro personal. De este modo se asegura la conservación y la publicidad.

Quiero decir sobre esto, por si alguien se siente tentado de seguir en este aspecto al derecho europeo, que el Código francés y esto ha sido recogido en el proyecto argentino de reformas- se agrega que para pasar de uno a otro régimen durante el matrimonio, el régimen anterior debe tener, por lo menos, dos años de vigencia . El objetivo de la ley es comprensible, es dar tiempo al régimen anteriormente elegido para que demuestre sus bondades. Sin embargo, tal vez por mi tendencia a defender la libertad de iniciativa de la gente no me parece razonable incluir esta exigencia

ya que los matrimonios son quienes mejor saben, por las circunstancias que deben atravesar en un momento determinado de su vida, si les resulta conveniente hacer un cambio de régimen, aunque el anterior aún no haya cumplido dos años de vigencia.

También quiero recordar a la Comisión Reformadora que la doctrina francesa critica duramente la previsión del Code que establece que la decisión de cambiar un régimen por otro durante la vigencia del matrimonio debe ser analizada por un juez para determinar si ello conviene al interés familiar y en tal caso homologarla; señala la doctrina francesa que esto representa una previsión destinada a proteger teóricamente los intereses de los hijos de matrimonios anteriores, pero que la práctica judicial enseña que se trata de una previsión legislativa sin contenido ni resultados eficaces.

También quiero señalar a la Comisión Reformadora que , según me parece, en el Código actual del Perú no está tan claro como debería el régimen de la deudas en el matrimonio. Revisen ustedes los artículos 307, 309, 316 y 317 del Código del Perú. Estas normas, por un lado, aluden a las deudas personales contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio, luego, en otras normas, se habla de lo que son cargas sociales, y aparece una numeración de ellas, pero lo que no aparece en el Código es una norma que establezca el principio general, como tenemos en el Código Civil argentino, que distingue entre las deudas contraídas antes y contraídas después del matrimonio, para organizar los efectos diferentes. Creo que una detenida lectura de las normas que he mencionado puede sugerir la conveniencia de afinar la redacción de esos textos para establecer la distinción básica señalada; además de incluir exclusiones como la que ya aparece en el Código del Perú, conforme la cual, la deuda que se origina en responsabilidad extracontractual de un cónyuge durante el matrimonio es personal, a lo que tal vez ustedes podrían agregar el caso de las deudas contraídas en el juego, a diferencia de lo que ocurre en la Argentina.

Sin poder explayarme, en razón del tiempo que ya he usurpado, me limitaré a señalar, también a título de sugerencias dirigidas a la Comisión Reformadora, la posibilidad de analizar la eventual inclusión de alguna de las cláusulas que ofrece el Código Civil francés. Me limitaré a mencionarlas, y después los miembros de la Comisión las analizarán.

Por ejemplo, el artículo 1390 del Code donde se establece la posibilidad de los cónyuges de convenir la atribución de un bien determinado a uno de ellos en caso de muerte. El art. 1511 y siguientes para todo caso de disolución de la comunidad y no sólo por muerte, prevé la facultad de que un cónyuge continúe con determinado bien y el otro cónyuge con otro bien determinado, lo que es muy utilizado por los matrimonios franceses cuando hay empresas en marcha. Los artículos 1520 y siguientes, que contie-

nen el principio que, considero, se va ir incorporando al régimen de comunidad de gananciales en todos los países, conforme al cual los cónyuges pueden pactar participaciones distintas y no por mitades de los bienes comunes que quedan al tiempo de la disolución de la comunidad; es el caso del hombre honorable que tiene su título de abogado, que suele ser tan redituable -lo digo porque yo soy juez, así que no participo de ese rédito- casado con una mujer que deja sus esfuerzos de todos los días en las tareas de ama de casa, y dado que no es posible saber que avatares puede traer la vida, el hombre que, posee título profesional acepta incluir en una convención matrimonial que, cuando el matrimonio termine por la causa que fuere, y deba liquidarse la comunidad de gananciales, ésta no se va a dividir por mitades sino que un porcentaje superior va a ser para la mujer, para que se encuentre en mejores condiciones de enfrentar económicamente el futuro. También les sugiero que revisen los art. 1524 y siguientes del Código francés, que contempla la posibilidad de atribuir la totalidad de la comunidad de gananciales al que sobreviva en caso de muerte: esto, en Francia, lo usan los viejitos; es fácil imaginar el caso, los cónyuges que, cuando la vida va avanzando, teman que tras la muerte de uno de ellos el otro deba repartir con otros herederos la casa donde viven, el auto u otros bienes que han logrado con los años; por supuesto, que de incluirse una cláusula como ésta en la reforma al Código, habría que adecuar las normas referidas a la legítima de los herederos forzosos .

En cuanto a las uniones de hecho quiero también hacer una sugerencia práctica a la Comisión Reformadora, que ya se la adelanté al Dr. Plácido.

Fíjense, el Perú contiene en su Código del 84 esa estupenda norma según la cual la unión estable del hombre y la mujer convivientes, que no tienen impedimentos matrimoniales y que se mantiene por más de dos años, establece una comunidad de ganancias a la que se le aplica el régimen matrimonial que acá se llama sociedad de gananciales; esto es lo que dice el Código del Perú; en 1993, como sabemos, la Constitución en una breve norma, veda la imposición del requisito de los dos años.

Ante esto, la Comisión Reformadora se encuentra con la necesidad de adecuar la norma del Código civil a la previsión constitucional. Pero al tratar de hacerlo, me parece que en el proyecto de la Comisión se desliza un error: propone una norma en dos partes, dice al principio que la comunidad establece un régimen como el de la sociedad de gananciales, y en el segundo párrafo expresa "se presume la existencia de la comunidad si lleva más de dos años". No señores, perdónenme la franqueza, pero esto implica un error conceptual que les pido que revisen.

La idea recogida en el Código del 84 tiene sus raíces en el proyecto de Osorio para Bolivia; este sistema del Código del Perú, es más avanzado que el art. 676 del Código de Venezuela y normas de otros países que la

han seguido donde la mujer debe haber hecho otros aportes en bienes o servicios; el proyecto de Osorio y el Código Peruano del 84, no incluyen tal exigencia; si se demuestra que convivieron como conviven los cónyuges, todo lo que se haya adquirido o ganado por uno o por otro integrante de la pareja es de ambos, como ocurre en el régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, y se reparte por mitades. Esto es lo que la Constitución Peruana del 93 recoge, y sólo agrega que para que este efecto se produzca no hace falta que hayan transcurrido dos años. Los jueces, deben juzgar, como se debe hacer siempre cuando se invoca la existencia de un concubinato, si realmente hubo una unión estable, en condiciones parecidas a la del matrimonio. Pero de ningún modo hay que agregar que " se presume " que existió la comunidad de gananciales si vivieron juntos dos años, ya que, en tal caso, a contrario sensu, sí no hubiesen transcurrido esos dos años la mujer debería traer pruebas sobre aportes de bienes para sostener la existencia de una comunidad, lo que desnaturaliza y se opone al sistema del Código y de la Constitución.

Vivieron juntos y se demuestra que fue en condiciones de singularidad y permanencia, sin impedimentos matrimoniales, sin que ahora sea requisito que haya sido durante por lo menos dos años, pues bien, esto basta para que se le apliquen las normas de las sociedades gananciales del matrimonio y que todo lo ganado, adquirido y ahorrado se reparta por mitades como si estuvieran casados.

Me hubiese gustado agregar otras sugerencias pero, como dije hace un momento, he abarcado más del tiempo al que me habría limitado si fuese más prudente.

Les dejo mi respeto por el trabajo que ha venido haciendo la Comisión de Reformas, la estupenda labor que están realizando, bajo la conducción del profesor Fernández Sessarego, juristas jóvenes que nos dan la tranquilidad de saber, a quienes más rápido o más lentamente nos estamos yendo, que la posta en la investigación jurídica queda en las mejores manos. Muchas gracias.

UNIONES DE HECHO EN EL PERU Y EN PUERTO RICO

*Pedro F Silva-Ruiz**
Catedrático de Derecho Civil,
Universidad de Puerto Rico

SUMARIO.- I. El tema elegido/seleccionado. Las uniones de hecho en el Perú. II. Patrones de nupcialidad en Puerto Rico. Investigación realizada en 1980: las uniones consensuales representan una proporción considerable de todos los matrimonios (matrimonios legales y matrimonios consensuales). III. El concubinato en Puerto Rico. Concepto. Diferencia con el matrimonio. El queridato. El concubinato en la legislación general y en la legislación especial. Aspectos patrimoniales del concubinato: las reglas de creación judicial; exposición y discusión de la casuística. IV. Derecho comparado: España y California (E.E.U.U.). V. Conclusiones. VI. Comentario final.

I. EL TEMA ELEGIDO. LAS UNIONES DE HECHO EN EL PERU

1. El Código Civil, que actualmente rige en el Perú, fue promulgado el 24 de julio de 1984. Comenzó su vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año: 1984. Cumple, pues, diez años -su décimo aniversario se celebra en 1994.

2. El tema seleccionado para este trabajo se enmarca en el Libro III (Derecho de Familia), Sección Segunda (Sociedad Conyugal), Título III (Régimen patrimonial), Capítulo Segundo (Sociedad de gananciales), que comprende los artículos 301-326. Precisamente el último artículo, esto es el 326, regula las "Uniones de hecho". Reza así:

> "Art. 326 - La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
>
> La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
>
> La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuer-

do o decisión unitaleral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido."

3. A su vez, el artículo 5 de la Constitución del Perú de 1993 ordena:

> "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.(1)"

4. El tema elegido -uniones de hecho, en el Perú; concubinato, en Puerto Rico- obedece a varias razones: (a) el Perú tiene un joven y remozado Código Civil, revisado a la luz de las necesidades y circunstancias socio-económicas, mientras que en Puerto Rico no hemos podido revisar nuestro ya centenario Código; (b) la institución del concubinato en Puerto Rico no ha alcanzado reconocimiento legislativo, en el Código Civil, aunque en legislación especial se conceden algunos efectos; en el Perú, no tan sólo el Código Civil reconoce la unión de hecho, sino que la Carta Magna también la ordena; (c) preocupa al autor de estas líneas el estado de derecho, en Puerto Rico, sobre las uniones de hecho, en atención a comportamientos sociales manifiestos en la población de la isla. El artículo citado del Código Civil del Perú podría servir de guía en una futura Legislación sobre el concubinato en Puerto Rico, para no decir del Código, en su totalidad.

Comencemos por elaborar en torno a la última razón señalada.

II. PATRONES DE NUPCIALIDAD EN PUERTO RICO

1. Vázquez Calzada y otros investigadores, al estudiar los patrones de

---

(1) Publicada en *Constitución Política del Perú-1993 Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público, Legislación Conexa* Editora Normas Legales, Santa María Calderón, ed., Trujillo, Perú, 1994.
El artículo 9 de la Constitución Política del Perú de 1980 (Fernando BELAUNDE TERRY, Presidente), rezaba:
"Artículo 9- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable."
Véase, *Constitutions of the Countries of the World-Perú,* Ed. Albert P. BLAUSTEIN and Gilbert H. FLANZ, Oceana Publications, Inc., New York, September 1986.

nupcialidad de la mujer puertorriqueña, definió "un matrimonio consensual como aquél arreglo marital en el que la pareja vive como marido y mujer sin que haya mediado una ceremonia civil o religiosa. Es decir, el criterio que distingue el matrimonio consensual de otros tipos de relaciones es la cohabitación. La duración del arreglo no se consideró un criterio en la definición del matrimonio consensual, al igual que no lo es en la definición del matrimonio legal. Una pareja puede comenzar su matrimonio en una unión consensual y luego convertirlo a uno legal. En este estudio a este tipo de matrimonio se le designará como "consensual-legalizado" o como "consensual-legal".(2)

2. Hay que destacar que "(L)os datos utilizados en [el] estudio se obtuvieron mediante una encuesta efectuada en toda la Isla [de Puerto Rico] usando como marco la Muestra Básica del Departamento [Ministerio] de Salud de Puerto Rico. En esta muestra se incluyen aproximadamente 750 viviendas cada trimestre. Para aumentar el tamaño de la muestra se utilizó un listado de todas las viviendas incluidas en las encuestas del Departamento de Salud de enero, abril y julio de 1975. En estas viviendas las mujeres de ascendencia puertorriqueña (uno o ambos padres nacidos en Puerto Rico) de 15-54 años de edad se entrevistaron durante los meses de junio y julio de 1976. Del total 2,012 mujeres entrevistadas en esta encuesta, 1,475 eran alguna vez casadas (casadas actualmente, viudas, divorciadas y separadas). Este fue el tamaño de la muestra utilizada en este estudio". (3)

3. El pre-citado estudio concluyó:

> **Las uniones consensuales representan una proporción considerable de todos los matrimonios en Puerto Rico.** En una encuesta efectuada en 1976 de el 28 por ciento de todas las mujeres habían iniciado su vida matrimonial en una unión consensual. Esta proporción parece haber aumentado entre las mujeres que se han casado recientemente.
>
> La incidencia de uniones consensuales es mayor entre los grupos de mujeres más jóvenes y las de edad más avanzada. Una relación similar se observa en relación a la duración del matrimonio. Estos hallazgos sugieren que la tendencia descendente en las uniones

---

(2) José L. VAZQUEZ CALZADA, Ineke CUNNINGHAM, y Zoraida MORALES DEL VALLE, *Patrones de Nupcialidad de la Mujer Puertorriqueña*, 16 de diciembre de 1980, págs. 4-5 (de una publicación que tiene 40 págs.), multicopiado. Los autores eran Catedráticos auxiliares de la Escuela de Salud Pública del Recinto de Ciencias Médicas de la Universidad de Puerto Rico y reconocidos investigadores.
Hay que significar que los autores no son juristas. Por esa razón utilizan términos tales como "matrimonio consensual", "matrimonio legal". Para el jurista, el matrimonio no es sino la institución que aparece regulada por la ley y los otros comportamientos --parecidos o no-- al matrimonio, no son matrimonio.

(3) Ibid, p. 4.

consensuales que se había venido observando en Puerto Rico desde los comienzos del siglo se ha invertido recientemente.

La estabilidad del matrimonio aumenta con la duración del matrimonio y los matrimonios de las mujeres residentes en las áreas rurales parecen ser más estables que los de las mujeres urbanas. En términos generales, la disolución de los matrimonios está inversamente asociada con el nivel de instrucción de la mujer, aunque el divorcio es más común entre los que tienen más años de escuela completados. Esto se debe al hecho de que el matrimonio de tipo legal es mucho más frecuente entre las mujeres de niveles educativos más altos. [4]

4. La sociedad puertorriqueña es altamente divorcista. En el año fiscal 1988-89 se concedieron 15,125 divorcios.[5] El número de divorcios ha ido aumentando por año. Así: (1) en 1952-53 se concedieron 2,307 divorcios; (2) en 1962-63, 6,554 divorcios fueron concedidos; (3) en 1977-78, el número fue de 14,607 y en 1986-87 ascendió a 15,348.[6] El divorcio es vincular, por consiguiente, cualesquiera de los ex-cónyuges puede volver a contraer matrimonio nuevamente.

Se desconoce el número de parejas divorciadas que convive -sin casarse- maritalmente luego, tanto con otra persona como con su anterior cónyuge (ex-cónyuges que cohabitan). El fenómeno social existe, pero no hay estadísticas ni estudios sobre el particular.

III. EL CONCUBINATO EN PUERTO RICO[7]

A. Concepto. Diferencia con el matrimonio

1. El concubinato a manera de matrimonio o concubinato *more uxorio*, también llamado unión libre en otros ordenamientos jurídicos, es la

---

(4) Ibid, pág. 37-39 (del resumen).

(5) Véase, Pedro F. SILVA-RUIZ y John L. A. de PASSALACQUA, el tomo 2: *Derecho de Familia* de la obra "Derecho de las Personas y de la Familia en Puerto Rico: Casos y Materiales", Equity Publishing Co./Butterworth Legal Publishers, New Hampshire, USA, 1991, el capítulo V (el divorcio), pág. 330.
El año fiscal se extiende desde el 1ro de julio hasta el 30 de junio del año siguiente.

(6) Ibid, pág. 327.

(7) Véase, Pedro F. SILVA-RUIZ: (1) *Legal Problems concerning Unmarried Couples,* in the "Proceedings of the Eleventh Colloquy on European Law", Council of Europe, Strasbourg, France, 1982, págs. 251-263; (2) *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño,* en la: (a) "Revista de Derecho Privado", Madrid, España, septiembre 1983, pág. 820, pp. 832-835 (tema VIII: El concubinato) y (b) "Revista Notarial", no. 869, La Plata, Provincia de Buenos Aires; Argentina, julio-agosto 1983, pág. 1043, pp. 10611065 (el concubinato); (3) Pedro F. SILVA-RUIZ y John L. A. de PASSALACQUA, el tomo 2: *Derecho de Familia,* capítulo cuarto: "El concubinato", de la obra "Derecho de las Personas y de la Familia: Casos y Materiales", Equity Publishing Co. Butterworth Legal Publishers, New Hampshire, USA, 1991, págs. 173-190 y (4) *Distribution of Property in Cohabitation without Formal Marriage in*

"unión de un hombre y una mujer, ambos solteros, que han vivido como marido y mujer por un tiempo relativamente largo, sin que haya mediado entre ellos ceremonias o solemnidad **matrimonial** alguna". (8)

Muñoz Morales indica que "es el concubinato la unión marital consensual de un hombre y una mujer libres, con carácter o intención duradero, sin estar legalizada ni santificada por ninguna fórmula o requisito legal ni ceremonia religiosa".(9)

2. El mismo autor citado en el párrafo anterior dice que las distintas denominaciones que se utilizan son las siguientes: "Concubinato - Barraganía, acortejamiento, amancebamiento, matrimonio natural, matrimonio consensual, matrimonio de uso, matrimonio de hecho, matrimonio anómalo, matrimonio por equiparación, compañerío, unión libre. He aquí las distintas denominaciones que se aplican a las extra-matrimoniales, o sean aquellas more-uxorio no sancionadas por la Ley ni amparadas por la fórmula legal o el rito religioso". (10)

3. De la definición o concepto de concubinato anteriormente significado, son cuatro los elementos indispensables para su existencia:

> a. La unión marital consensual, o sea, la cohabitación que resulta del consentimiento de un hombre y una mujer;
> b. La libertad de los concubinos, es decir, la ausencia de responsabilidades y obligaciones maritales con otro que no sea el concubino;
> c. El carácter permanente (o más bien, por un tiempo relativamente largo), no una unión casual, ni caracterizada por libertad sexual, también supone fidelidad mutua;
> d. La ausencia de las solemnidades que por ley instituyen un matrimonio Y de las consecuencias jurídicas que esas solemnidades generan (11).

4. Por otra parte, de conformidad con el estado de derecho vigente en Puerto Rico, recogido en el Código Civil, los requisitos necesarios para contraer matrimonio son:

Puerto Rico, en el libro 'Equity and Contemporary Legal Developments, GOLDSTEIN, ed., Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, Jerusalem, Israel, 1992, págs. 616-631. Algunas ideas y párrafos de este ensayo han sido reproducidos de alguno o varios de estos trabajos.

(8) B.B. ROSARIO, Consideraciones en torno al concubinato, las comunas y el derecho de familia en 42 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 350 (1973).

(9) Luis MUÑOZ MORALES, *El concubinato en Puerto Rico,* 17-2 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 160 (1947).

(10) Ibid.

(11) A. CURET CUEVAS, *La división de los bienes concubinarios en el derecho puertorriqueño,* 34 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 61 (1965).

a. Capacidad legal de los contratantes.

b. Consentimiento de las partes contratantes.

c. Autorización y celebración de un contrato matrimonial mediante las formas y solemnidades prescritas por la ley. (12)

5. De lo que se desprende que en el concubinato no están presentes la autorización y celebración del contrato mediante las formas y solemnidades (13) que la ley prescribe para contraer el matrimonio. En el concubinato, como en el matrimonio, es necesario la cohabitación. (14) Contrario al matrimonio, en el concubinato, precisamente por no existir el vínculo (matrimonial), no pueden exigirse las responsabilidades y obligaciones maritales. Mas, generalmente, los concubinos se socorren mutuamente, se protegen y satisfacen sus necesidades mutuamente. (15)

El concubinato no es una unión casual, ni esta caracterizado por licencia sexual, ya que, conforme señalado en párrafos precedentes, los integrantes -los concubinos- se guardan fidelidad mutua. En el matrimonio es una obligación legal guardarse fidelidad.

El matrimonio se contrae o se debería contraer por un tiempo relativamente largo, hasta permanentemente, más la ley permite la ruptura o disolución del vínculo. En Puerto Rico, el divorcio vincular puede solicitarse y decretarse por el mutuo consentimiento entre los cónyuges, sin expresar la conducta imputada por un cónyuge al otro que hace imposible continuar la vida matrimonial. Sencillamente, en una misma "Petición", jurada, pues no es ni demanda, expresan su deseo de divorciarse, por consentimiento de ambos (mutuo), y previo ciertos trámites judiciales, sencillos, obtienen la correspondiente resolución judicial de divorcio. (16)

---

(12) Artículo 69 del Código Civil de Puerto Rico (CCPR), 31 LPRA 231.

(13) Ver la sec. 2 de la Ley núm. 133 de 14 de mayo de 1937, 31 LPRA 236; artículos 75 y 76 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 243 y 244.

(14) Ver el art. 88 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 281, que ordena que los cónyuges están obligados a vivir juntos (convivir).

(15) Para los derechos y obligaciones entre marido y mujer, entre otros, de socorrerse mutuamente, ver el artículo 88 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 281. Para la exigencia de los cónyuges protegerse y satisfacer sus necesidades mutuamente (por supuesto, en proporción a sus respectivas condiciones y medios de fortuna), ver el artículo 89 del mismo Código, 31 LPRA 282.

(16) El divorcio -del vínculo matrimonial, por lo que se presupone un matrimonio, válido o cuya validez no haya sido impugnada- se obtiene, únicamente, por decreto judicial. Hay diez (10) causales reconocidas por la ley, más una -la once- creada por la jurisprudencia: el mutuo consentimiento. Véase, el artículo 96 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 321 y FIGUEROA FERRER V. *E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978); SILVA-RUIZ y de PASSALACQUA, *Derecho de Familia,* supra nota 7, los capítulos quinto (el divorcio) y sexto (divorcio por mutuo consentimiento).
Sobre el caso de FIGUEROA FERRER, véase mi trabajo (SILVA-RUIZ) Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el *siglo XXI en Puerto Rico,* en el "Anuario de Derecho Civil", Madrid, España, tomo XLII, fascículo III, julio-septiembre 1989, págs. 889, 893-4.

Por el contrario, en el concubinato no hay vínculo matrimonial que disolver, pues no existe tal. Nuestra ley general -el Código Civil- no establece el tiempo necesario para "reconocer" la existencia de una relación concubinaria, como tampoco exige ningún tiempo mínimo para la duración del matrimonio.

En resumen: lo que distingue al matrimonio de el concubinato, en el ordenamiento jurídico puertorriqueño, es la ausencia, en éste último, de su autorización y celebración mediante las formas y solemnidades prescritas, pues no se origina o crea o nace, como el matrimonio, reuniendo determinados requisitos. Mas tampoco el concubinato es ilegal; no hay delito que lo haga punible. Además, en ausencia de vínculo, creado y reconocido por ley, hay ausencia de responsabilidades y obligaciones señaladas por norma escrita. Más en el concubinato se supone fidelidad, y los concubinos convíven, por lo que es de esperarse que se socorran y satisfagan sus necesidades mutuamente, así como también que se protejan el uno al otro.

B. El queridato

1. En líneas anteriores se significó que en el concubinato, tanto el hombre como la mujer son solteros. No tienen impedimento para contraer el vínculo matrimonial, pero optan por convivir sin cumplir con las formas y solemnidades requeridas para el matrimonio. Precisamente por ello no existe matrimonio.

2. Si una de las partes está casada, o ambos están casados, no existe el concubinato. En Puerto Rico se le llama "queridato" a la unión de un hombre y una mujer, uno de ellos casados con un tercero, o ambos casados con terceras personas.

3. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha confundido el "queridato" con el concubinato. (17) Piénsese en la situación de un hombre casado que mantiene relaciones extramaritales con otra mujer (la "querida") durante un tiempo más o menos considerable. Al concluir dicho "queridato" por acuerdo mutuo o por decisión unilateral de cualesquiera de las partes, ¿qué derecho tendrá la "querida" vis a vis la sociedad de gananciales, creada y existente en el matrimonio de él (el "querido"; también es el esposo) y su esposa?

C. El concubinato en la Legislación general y en la Legislación especial

1. El concubinato no aparece regulado en la legislación general vigente, concretamente el Código Civil. Pero esto no significa que alguna vez se reconoció la existencia, mediante legislación especial, de dicha institución

(17) Véase, más adelante, CARABALLO RAMIREZ *v.* ACOSTA *y otros* 104 DPR 474, a la pág. 476 (1975).

social, aunque sin regularla.

2. Desde 1903 y hasta 1907 estuvo vigente la "Ley definiendo el matrimonio natural y estableciendo un procedimiento para legitimar e inscribir dicha unión", que fuera aprobada el 12 de marzo de 1903 y comenzara a regir, conforme dispusiera su propia sec. 12, el 1ro de octubre de 1903.[18]

La sección 1 disponía:

> Sección 1 - Que cuando un hombre y una mujer vivan juntos públicamente bajo un mismo techo como marido y mujer, y naciere un hijo como resultado de ello, dicha unión, si las partes reúnen los requisitos legales y están capacitados para contraer matrimonio y no existiere impedimento legal, se considerará en todo y por todo como un matrimonio legal, teniendo todos los efectos civiles de cualquier otro matrimonio legal; y el subsiguiente matrimonio de cualquiera de las partes de dicha unión se tendrá por bigamia, castigándose como tal, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal.

A su vez, la Sección 4 ordenaba:

> Sección 4 - Que a la presentación de dicha solicitud [para que se inscriba el matrimonio, presentada por cualquiera de las partes de dicha unión, entre hombre y mujer, después del nacimiento de un hijo], el juez... dispondrá que se cite a la otra parte en dicha unión... Si el hecho de dicha unión y del subsiguiente nacimiento de un hijo fuere admitido por el demandado, en contestación debidamente presentada y jurada, o si, habiéndosele citado conforme a ley, dejar el demandado de comparecer y contestar a la demanda, el **juez dictará un decreto declarando el matrimonio natural** entre las partes en dicha unión y ordenará... [se] inscriba dicho matrimonio en el libro destinado al efecto. (subrayado nuestro)

Y la Sección 9, a su vez disponía:

> Sección 9 - No se exigirá el pago de costas a ninguna de las partes en dicho procedimiento ... ni por el ... encargado de inscribir dicho matrimonio natural.

3. Muñoz Morales [19] menciona una Ley de 7 de marzo de 1906, que derogó la anteriormente referida ley de 1903 sobre el matrimonio natural,

---

(18) Véase, "Leyes y Resoluciones de la Primera Sesión de la Segunda Asamblea Legislativa de Puerto Rico", San Juan, P.R., Tip. "El País", 1903, págs. 119-121.

(19) MUÑOZ MORALES, supra nota 9, pág. 179.

que ordenaba:

> Sección 1 - Que un hombre y una mujer viviendo juntos bajo un mismo techo como marido y mujer, al entrar en vigor la presente ley, podrán hacer que se legalice dicha unión sin satisfacer derechos por la ceremonia y registro de la misma, antes del primero de julio de 1907, una solicitud a cualquier Juez municipal o de paz, para que celebre la ceremonia. Y será obligación del juez a quien se dirige dicha solicitud, celebrar los ritos de matrimonio entre dichas partes libres de gastos, así como del funcionario encargado del Registro Civil, inscribir la declaración y endosos relativos a dicho matrimonio en el Registro Civil, sin exigir derecho alguno. (20)

4. El mismo Muñoz Morales, refiriéndose a la precitada ley de 1906 señala que "sólo tuvo efecto hasta 1 de julio de 1907 y se limita a dispensar el pago de derechos por la ceremonia y registro del matrimonio a los que viviendo en concubinato se casaran antes de aquella fecha". (21)

5. Desde las efímeras experiencias legislativas anteriormente reseñadas, no hubo otro intento de aprobar legislación, general, hasta 1943. (22) Más resultó fallido.

6. Esta inacción legislativa ha sido dura y certeramente criticada: "Contrario a lo que hubiese podido esperarse, nuestra Legislatura, cuya legislación representara, como aun hoy en muchas áreas representa, la vanguardia de los movimientos liberales y de justicia social en nuestro hemisferio, ha optado por ignorar la existencia del concubinato a los efectos de establecer una política pública satisfactoria y coherente sobre esta institución de nuestra cultura. No se puede pensar que nuestro legislador desconoce que existe un gran número de concubinatos en Puerto Rico. Tampoco cabe la explicación de que hay razones fundamentales para que no se elabore dicha política pública, pues de lo que se trata es de reconocer como legal una relación que ni amenaza el orden social ni atenta contra la moralidad pública. El concubinato, como dijéramos anteriormente, representa una alternativa cultural al matrimonio y su existencia en nada perjudica la estabilidad de la familia. En este sentido el legislador debe establecer unas normas que protejan los intereses de las partes y que tienden a reforzar la estabilidad de dichas uniones. De esta forma, la que hasta hoy ha sido solamente una alternativa cultural, el legislador también puede convertirla en una alternativa legal". (23)

---

(20) Ibid.

(21) Ibid.

(22) MUÑOZ MORALES, supra nota 9, págs. 179-181. El autor cita disposiciones de dos proyectos que fueron aprobados por la Cámara de Representantes, pero no por el Senado.

23) B. B. ROSARIO, supra nota, 8, pág. 386-4 (citas omitidas)

7. Aunque no se haya aprobado y/o se encuentre vigente legislación general sobre el concubinato, su existencia ha sido reconocida por legislación especial. Así, en la "Ley de Compensaciones por Accidentes del Trabajo", con relación a la compensación de ocurrir una muerte, se establece que "5(2) - (S)i el obrero o empleado fallecido dejare viuda; padres; hijos, incluyendo póstumos, adoptivos o de crianza; abuelos, padre o madre de crianza; nietos; hermanos, incluyendo hermanos de crianza; concubina; y familiares dentro del cuarto grado..."[(24)] Y la "Ley de Protección Social por Accidentes de Automóviles" (A.C.A.A.), que entre los beneficiarios de la persona perjudicada en un accidente comprende el esposo y esposa, define éstos de la siguiente manera: "(4) Esposa o esposo - significa el cónyuge legal o la mujer u hombre que a la muerte de la víctima y durante los tres años inmediatamente precedentes a la lesión conviva con la víctima como marido y mujer. aun cuando no estuvieran casados".[(25)]

D. Aspectos patrimoniales del concubinato

1. Contrario al matrimonio, un concubinato no puede originar una sociedad de gananciales.[(26)]

2. Ha quedado a la jurisprudencia elaborar unas reglas para atender el aspecto patrimonial del concubinato.

3. Dicho derecho jurisprudencial es el siguiente: [(27)]

(i) En Morales v. Cruz Vélez, [(28)] las partes estuvieron haciendo vida en común por más de 40 años, acumulando bastantes bienes, muebles e inmuebles, los cuales aparecen todos a nombre (como de) él. El concubino falleció sin haber otorgado testamento. Le sobrevivió una hija natural reconocida, que no era hija de la concubina. La concubina solicitó la mitad del caudal relicto porque los bienes habían sido adquiridos mientras vivió

---

(24) Ley núm. 45 de 18 de abril de 1935, el art. 3, 5(2), 11 LPRA 3, 5(2), según enmendada en 1984 (subrayado nuestro).

(25) Ley núm. 138 de 26 de julio de 1968, vigente desde el 1 de julio de 1969, sec. 2(3), 9 LPRA 2052(3). (subrayado nuestro).

(26) El artículo 1296 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 3622, ordena: "La sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio...", si es que previamente no han otorgado capitulaciones matrimoniales, de conformidad con el artículo 1267 del mismo cuerpo legal, 31 LPRA 3551.

(27) Véase, SILVA-RUIZ, *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño,* supra nota 7, de donde reproducimos, literalmente, el resumen jurisprudencial ("Revista Notarial", págs. 1062-1065). El número de las notas al pie de página ha cambiado.
Sobre la jurisprudencia y el precedente en Puerto Rico, véase mi trabajo (SILVA-RUIZ) *El Derecho de Puerto Rico: un sistema jurídico mixto,* publicado en el libro "I Jornadas Internacionales de Derecho Comparado sobre los Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo Valencia, Venezuela, 1992-93, págs. 71-81.

(28) 34 DPR 834 (1926).

haciendo vida común con el causante, el concubino fallecido. El Tribunal resuelve que el concubinato no puede originar una sociedad legal de gananciales y que no hubo pacto o acuerdo entre las partes para disponer de los bienes, por lo que no puede corresponder bien alguno a la concubina reclamante. El dictamen judicial enfatiza que no es posible reclamar derechos cuando los mismos emanan de relaciones ilícitas.

(ii) En Vázquez v. Camacho, [29] se resuelve que hay que determinar si existe una comunidad de bienes entre las partes, de manera tal que al cesar dicho estado de derecho cada parte reciba lo que le corresponda. Es decir, ya no se tomará en consideración si el origen de los derechos reclamados radica en el concubinato.

(iii) En Torres v. Roldán, [30] se concluye que los derechos que puedan tenerse sobre un patrimonio no pueden nacer de un concubinato porque el mismo no genera (derecho) ninguno. Se resuelve:

> Si un hombre y una mujer mientras viven en concubinato **convienen,** expresa o implícitamente, en consolidar sus ingresos y participar por partes iguales en los bienes adquiridos con los mismos, las cortes exigirán de la parte que ha retenido más de lo que le corresponde, de acuerdo con lo convenido, que entregue dicho exceso.
>
> "Es más, aún en ausencia de un **convenio expreso o implícito,** con miras a **evitar un enriquecimiento injusto** por parte del demandado, el demandante tiene derecho a participar, en la proporción que sus fondos hayan contribuido a su adquisición, en los bienes acumulados conjuntamente. (énfasis suplido).

(iv) Pérez v. Cruz, [31] resuelve que la participación de la mujer ha de fundarse siempre en el contrato celebrado, y de no existir éste en la labor y el esfuerzo por ella realizados. En este caso, a la luz de la prueba, se concede la mitad del capital, de los bienes, existentes.

(v) Pereles v. Martinó, [32] fue resuelto atendiendo a otros fundamentos legales ajenos al tema que ahora nos ocupa.

(vi) Danz v. Suau, [33] establece que la parte demandante, la concubina, en una acción de división de comunidad de bienes, tiene derecho a probar el pacto económico, establecido entre ella y el concubino de dividir los bienes y ganancias obtenidas durante el concubinato o su derecho a cierta participación en los bienes, en **cualquiera** de estas alternativas:

---

(29) 43 DPR 659 (1932).

(30) 67 DPR 367 (1947).

(31) 70 DPR 933 (1950).

(32) 73 DPR 848 (1952).

(33) 82 DPR 609 (1961).

(a) como pacto expreso si se puede probar mediante el testimonio de personas ajenas a la relación concubinaria (en este caso el concubino había fallecido cuando se solicitó la división de la comunidad de bienes);

(b) como pacto implícito que se desprende espontáneamente de la relación humana y económica existente entre las partes durante el concubinato; y

(c) como un acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto, reconociendo el valor de los bienes, valores o servicios aportados por la concubina y sus correspondientes ganancias.

(vii) Reyes v. Merlo, [34] donde Merlo el demandado, era casado (presumiéndose la existencia de una sociedad legal de bienes gananciales con su esposa), Reyes (la "querida") solicita su participación en una alegada comunidad de bienes, también denominada "sociedad de intereses". El Tribunal resuelve que "con relación a bienes reputados gananciales no haya acomodo en nuestra norma jurídica una 'comunidad de bienes' o una 'sociedad de intereses' constituida entre uno de los cónyuges como tal y un extraño a la sociedad (de gananciales; la 'querida', Reyes, en esta particular situación), aunque se trate de bienes adquiridos mediante la industria o trabajo personal, y aunque exista con ese extraño (la 'querida', Reyes) la relación típica de un concubinato" (que no existe, añadimos nosotros, pues la relación existente es de "queridato", por lo que es una mala calificación lo que hace el tribunal de la relación de hechos y derechos).

(viii) Cruz v. Sucesión Landrau, [35] denomina la comunidad de bienes que pueda establecerse entre dos concubinos como atípica.

(ix) En Carrero Suárez v. Sánchez López, [36] se resuelve que la esposa es parte indispensable en una acción civil (judicial), por lo que ha de participar en el pleito, donde se demanda a su esposo por la "querida" de éste, ya que estaría la esposa expuesta a ser despojada de su haber ganancial.

> La acción civil de la concubina (debería decir 'querida') promoviendo la liquidación de una comunidad de bienes con un hombre legalmente casado aún cuando incluya al marido como única parte demandada, necesariamente afecta y somete el interés de la esposa en la sociedad de gananciales cuando según ocurre en este caso la comunidad y la sociedad conyugal han coexistido en apreciable contemporaneidad.

(34) 91 DPR 136 (1964).

(35) 97 DPR 578 (1969).

(36) 103 DPR 77 (1974).

(x) Celestina Caraballo v. Acosta y otros, [37] reafirma la anterior doctrina jurisprudencial de que:

> ...la concubina puede probar la existencia de una comunidad de bienes, sea porque así se hubiese *convenido* expresamente, o sea porque la conducta de las partes --la relación humana y económica entre ellas- demuestra que se *obligaron implícitamente* a aportar, y aportó cada una bienes, esfuerzo y trabajo para beneficio común. *En defecto de probar dicho pacto expreso o implícito,* es decir, que no se pruebe la existencia de la comunidad de bienes, la concubina podría probar que aportó bienes, valores y servicios, que éstos produjeron ganancias, y como un *acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto* de la otra parte, reclamar el valor de dichos bienes, valores y servicios y sus correspondientes ganancias. (Enfasis suplido).

Se trataba de un hombre casado (J. Seda) que, vigente su matrimonio, entra en una relación extra-marital con otra mujer, relación que dura hasta que fallece treinta y ocho (38) años después. Al iniciarse la relación ni él ni la "querida" (el tribunal dice "concubina") tenían bienes. Durante la vigencia de dicha relación extra-marital, la "querida" aportó de su esfuerzo y de su trabajo, tanto o más que él, para producir un capital que al óbito de él se estima es más de USA $90,000. Es menester destacar que la esposa casi nada aportó a la producción de bienes. "No puede concederse, resuelve el tribunal, que existiera una comunidad de bienes o una sociedad de intereses entre la 'querida' y el causante (en vida, su 'querido'), por estar éste casado con Manuela Acosta bajo el régimen de gananciales y no haberse probado que la aportación de él al esfuerzo común con la 'querida' consistiera en bienes privativos suyos o fuera de procedencia privativa".

Ante esta situación de hechos, el Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve que la demandante, la "querida", tiene derecho a una mitad de los bienes relictos al óbito de él (J. Seda). Disintió un solo juez de los ocho miembros que componen el alto tribunal y, luego, una solicitud de reconsideración fue denegada, señalándose que dos de los jueces hubiesen reconsiderado.

4. A esos casos, deben añadírsele los siguientes otros:

(i) Ortiz de Jesús v. Vázquez, [38] en un pleito sobre alimentos, el tribunal inferior condenó al demandado a abonar determinada suma de dinero para sus hijos, más una cantidad adicional para la demandante, mujer con la cual nunca estuvo casado. El demandado estaba casado con otra persona. Es el típico caso de "queridato".

---

(37) 104 DPR 474 (1975).

(38) 119 DPR 547 (1987).

El Tribunal Supremo de Puerto Rico revocó, aduciendo que las disposiciones del Código Civil que regulan la institución de alimentos debidos al cónyuge o ex-cónyuge en estado de necesidad económica, [(39)] "parten del supuesto de un matrimonio legalmente constituido". [(40)]

> En este mismo caso, se expresó:
>
> Este Tribunal en el pasado ha reconocido el interés propietario de los concubinos con respecto a los bienes adquiridos o que hayan incrementado de valor vigente la relación, como resultado del esfuerzo, labor y trabajo aportados conjuntamente bajo cualquiera de las siguientes alternativas: "(1) como pacto expreso... (2) como pacto implícito que se desprende espontáneamente de la relación humana y económica existente entre las partes durante el concubinato... (3) como un acto justiciero para evitar el enriquecimiento injusto...". *Cruz v. Sucn. Landrau Díaz;* 97
>
> DPR 578, 585 (1969); *Caraballo Ramírez v. Acosta*, 104 DPR 474, 481 (1975). [(41)]

(ii) Ayuso-Morales v. Secretary HHS, [(42)] en el cual una mujer, la demandante, reclamó Seguro Social alegando que era la viuda de un empleado fallecido, asegurado. De conformidad con la ley, [(43)] viuda es aquella mujer que ha estado casada con el asegurado, por lo menos nueve meses con antelación al fallecimiento de su esposo, el asegurado. El matrimonio de la reclamante y el asegurado se celebró dentro de los nueve meses anteriores al fallecimiento de él. No cumplía, pues, con las disposiciones de la ley. Entonces alegó que con antelación al matrimonio había estado conviviendo con el asegurado durante veinte y cuatro (24) años; dicha convivencia había transformado su relación en matrimonio mucho antes del período de los nueves (9) ya significados. No prosperó su alegación.

Tampoco prosperó su argumento de que una concubina tiene el status de cónyuge supérstite para propósitos de sucesión intestada por causa de muerte.

En conclusión, a pesar de que se reconoce la existencia de un concubinato con antelación al matrimonio, debido a que su matrimonio no se había celebrado nueve (9) meses antes del fallecimiento del asegurado, se le denegaron beneficios bajo la ley del Seguro Social.

(iii) Cepeda Torres v. García Ortiz, [(44)] es un caso cuya acción no tiene

---

(39) Véase, artículos 89, 109 y 143 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 282, 385 y 562.

(40) Supra nota 38, a la pág. 549.

(41) Ibid, a las págs. 548-9.

(42) 667 F. 2d. 146(1982).

(43) 42 U.S.C. 416 (c)

(44) 93 JTS 20 (12 febrero 1993).

relación con el concubinato. Se resuelve que hay ausencia de parte indispensable (procedimiento civil), por lo que se deja sin efecto la sentencia recurrida. Se invoca, no obstante, *Carrero Suárez v. Sánchez López*, [(45)] supra, como ejemplo que ilustra la necesidad de acumular en un pleito toda parte cuyos derechos e intereses puedan verse afectados por un dictamen judicial.

(iv) Rodríguez Rodríguez v. Moreno Rodríguez, [(46)] también resuelto invocando la ausencia de parte indispensable, y citando, entre otros, *Cepeda Torres*, supra. En este caso se solicitaba revisión de "el porciento de participación que le adjudicó el Tribunal Superior [inferior] en la comunidad de bienes formada por ella y el demandado durante el período en que sostuvieron una relación consensual."[(47)]

IV. DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y CALIFORNIA (E.E.U.U.)

1. En España, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, el 28 de febrero de 1994, resolvió:

> En suma, una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquél determinados efectos --como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el art. 160 LGSS- así como la constitucionalidad de "aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir *more uxorio* (STC 184/1990, F.J. 2), no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a

(45) Sobre CARRERO SUAREZ se dice en CEPEDA: "En CARRERO SUAREZ... este Tribunal se enfrentó a un caso, en donde no se emplazó a una parte indispensable, dentro del contexto del concubinato. La controversia giraba en torno a una acción presentada por la concubina de un hombre casado solicitando la disolución y liquidación de la comunidad de bienes entre ella y su concubino casado. El concubino fue emplazado, como única parte demandada. No hizo ninguna alegación y dos años y medio más tarde, se dictó sentencia en rebeldía adjudicando a la concubina demandante "la mitad del valor en el mercado de las tres fincas urbanas objeto de la reclamación"... Este Tribunal revocó esta sentencia porque la esposa del concubino debió haber sido traída al pleito como parte indispensable, emplazándola y notificándola de todos los procedimientos, para evitar que sus derechos resultaran perjudicados". (pág. 10396 JTS)

(46) 94 JTS 43 (5 de abril de 1994).

(47) Ibid, p. 11736 JTS.

> contraer el vínculo matrimonial. Aunque tal objeción le deba ser respetada, no suple el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder prestaciones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio,* no lo han considerado oportuno por el momento, y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional. (48)

En conclusión: en España, hasta ese momento, el último día del mes de febrero de 1994, el derecho a una pensión de viudedad no puede descansar en la convivencia *more uxorio*, sino tan sólo en previo matrimonio.

2. En el estado de California, Estados Unidos de América, en el caso de *Marvin v. Marvin*, (49) el Tribunal resolvió:

> Concluimos: (1) Que las disposiciones de la legislación sobre la familia no rigen la distribución de la propiedad adquirida durante una relación extramatrimonial. (2) Los tribunales deben hacer cumplir *contratos expresos* entre socios no casados (non marital partners), excepto cuando el contrato descanse explícitamente en la relación o los servicios sexuales. (3) En la ausencia de contrato expreso, los tribunales inquirirán/preguntarán por la conducta de las partes con el propósito de determinar si tal conducta demuestra un *contracto implícito* o cualquiera entendimiento tácito entre las partes. Los tribunales también utilizarán la doctrina del *quantum meruit* o remedio en equidad [se refiere al enriquecimiento sin causa], cuando los hechos del caso lo requieran. (50)

Conocido es que en el caso *Marvin*, las partes vivieron juntos durante siete años sin contraer matrimonio y que toda propiedad adquirida durante ese período aparece a nombre de él, el demandado. Cuando la demandante exigió judicialmente el cumplimiento del contrato mediante el cual ella tenía derecho a la mitad de la propiedad y a pensión alimenticia, el tribunal falló a favor del demandado descansando únicamente en las alegaciones y sin conceder juicio en los méritos. Se revocó y se devolvió al tribunal de instancia. Dice el Tribunal:

> En resumen: fundamentamos nuestra decisión en el principio de que adultos (personas mayores de edad) que voluntariamente viven juntos y sostienen relaciones sexuales no son menos competentes que otras personas que contratan sobre sus ga-

(48) Páginas 10-11 de la Sentencia, folios 00394142-43 del fallo (fotocopia del original).

(49) 557 P.2d 106 (1976). El caso, editado, aparece reproducido en el tomo 2: *Derecho de Familia* de SILVA-RUIZ y de PASSALACQUA, supra nota 5, a la pág. 189.

(50) Traducción (liberal) del autor de esta ponencia. Véase el tomo 2: *Derecho de Familia*, citado en nota 5, a la pág. 189.

nancias y bienes (earnings and property rights). Por supuesto, no puede contratarse legalmente para el pago por servicios sexuales, pues ese contrato es, esencialmente, un acuerdo de prostitución e ilegal por esa razón. Pero ellos pueden acordar unir/reunir sus ganancias y toda propiedad adquirida durante la relación, de acuerdo al derecho que regula la comunidad de bienes [o sociedad de gananciales; en inglés es "community property"]; por el contrario, pueden acordar que las ganancias de cada socio y la propiedad adquirida se mantenga separada y sea de la propiedad de cada socio individualmente.

En este caso, la demandante alega que las partes acordaron unir/reunir sus ganancias, que contrataron compartir por partes iguales todas las propiedades, y que el demandado acordó alimentarle (a la demandante). El contrato, según se alega, no es ilegal. [Por ello erró el tribunal recurrido al resolver tan sólo a base de las alegaciones, sin celebrar vista para resolver a base de los méritos].(51)

V. CONCLUSIONES

1. Contrario al derecho puertorriqueño que no ha aprobado ninguna ley general sobre el concubinato, aunque en alguna legislación especial ha reconocido su existencia, el Código Civil vigente en el Perú hace diez años, ha consagrado expresamente en su ley general, una disposición sobre la unión libre.

Por ello, respondiendo así a la necesidad sentida de los peruanos, se ha reconocido un comportamiento social, y elaborado una política pública que regule la conducta en cuestión.

Los peruanos deben ser felicitados por tomar posición.

2. La regulación de la unión de hecho en el Código Civil del Perú puede servir de guía a los juristas puertorriqueños en su reiterado empeño, frustrado por varias circunstancias, por revisar íntegramente el Código Civil, reconociendo y regulando algunas instituciones, como el concubinato, para ofrecer tan sólo un ejemplo.

3. En esa revisión del Código Civil de Puerto Rico, de la cual el peruano debe y puede servir como un ejemplo de derecho comparado, no hay que copiar ciegamente, sino reconocer instituciones sociales, que existen y continuarán existiendo, no importa la ausencia de política pública legislativa al respecto.

(51) Traducción (liberal) del autor de esta ponencia. Véase el tomo 2: *Derecho de Familia*, supra nota 5, págs. 189-190.

VI. COMENTARIO FINAL

1. Una vez de visita en el Perú, con el propósito de asistir y participar en la actividad para la cual este trabajo fue preparado, se nos facilitó el anteproyecto de ley de enmiendas al Libro III del Código Civil de 1984, propuesto por la Comisión de Derecho de Familia del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

2. El propuesto artículo 234 corresponde, casi en su totalidad, excepto por un segundo párrafo que se sugiere añadir ("La regulación jurídica del matrimonio tiende a favorecer su celebración y convalidación") al vigente artículo, de igual número, esto es, núm. 234, que define el matrimonio.

3. El propuesto artículo 235, del anteproyecto de ley de enmiendas, es nuevo, pues se refiere a las "uniones de hecho".
Reza:

> Artículo 235. - La unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, forma un hogar de hecho que produce los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce.

4. A su vez, el fundamento que se ofrece para esta propuesta de enmienda, dice: "Debe promoverse que el matrimonio constituya el fundamento de la familia. Sin embargo, esto no significa negar amparo a la familia creada en virtud de vínculos extramatrimoniales.

"La actitud abstencionista del legislador, que en algunos casos deja sin solución este importantísimo problema social, y, en otros, lo regula de modo fragmentario, produce hondo vacío y deja perdurar un incesante y grave mal.

"No se trata de amparar directamente la unión de hecho, sino de elevarlo a la categoría matrimonial cuando asume similares condiciones exteriores, esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio, por su estabilidad y singularidad. Con ello no se aprueba ni fomenta la unión de hecho; pero tampoco se cierran los ojos ante hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles.

"La regulación jurídica de la unión de hecho debe tener por objeto imponerle mayores cargas legales, haciéndolo menos atractivo; lo que virtualmente fomentará el matrimonio.

"De allí, se justifica que excepcionalmente se reconozca a la unión de hecho como productora de determinados efectos personales y patrimoniales".

5. El fundamento precedentemente citado en su totalidad es de nuestra aprobación, pues no es que se quieran fomentar las uniones de hecho, pero tampoco puede darse la espalda a los hechos de la vida social.

6. El "sirvinacuy" o "tinkunakuspa" es "una institución prematrimonial cuyo origen se remonta a las épocas anteriores al Incanato, tan profundamente arraigada en las costumbres aborígenes que ha logrado sobrevivir al catolicismo de la conquista y a los tres siglos del coloniaje, manteniendo, y aún robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana. Jurídicamente se define como "un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y devolver al pretendiente los obsequios recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o a adquirir carácter duradero". (52)

Parece que esta institución es diferente a las uniones de hecho o concubinato que hemos estudiado en este ensayo.

(52) Roberto MAC-LEAN Y ESTENOS, *El Sirvinacuy: Matrimonio de prueba entre los aborígenes peruanos*, en la "Revista Mexicana de Sociología", año III, vol. III, no. 1, pág. 25 (citando a Pedro M. OLIVEIRA, "Apuntaciones sobre el matrimonio civil y el divorcio", "Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano").

DERECHO DE SUCESIONES: PROPUESTAS DE ENMIENDA

Augusto Ferrero

Diez años de vigencia de un ordenamiento es tiempo suficiente para el análisis sereno y meditado de sus instituciones y la forma como han sido tratadas. Precisamente, este año se cumple este plazo en relación al Código Civil. En esta ocasión, quisiéramos hacer una relación de conceptos que, en nuestra opinión, merecen una reflexión para ser considerados en la reforma que está en boga.

El presente texto contiene un total de diez modificaciones a ser consideradas.

1. RESPONSABILIDAD SUCESORAL

El Código Civil de 1984, si bien consagra como regla la responsabilidad **intra vires hereditatis** al expresar en su artículo 661 que "el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta", establece excepcionalmente la responsabilidad **ultra vires hereditatis** en los casos de ocultación dolosa de bienes hereditarios, simulación de deudas o disposición de bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión, a que se refiere el artículo 662. Como dice De Gásperi, éstos no sólo son delitos civiles, por su manifiesta ilicitud y la evidente intención de causar daño a los derechos de otro, sino que además pueden revestir los caracteres de delitos penales, sea como substracción o abuso de confianza.

Las situaciones a las que se refiere la norma convierten al heredero en forzoso desde el punto de vista del sucesor, ya que no puede sustraerse del proceso sucesoral. Barbero explica que es un caso de decadencia del derecho a renunciar así como de adquisición independiente de aceptación. Es más, de haber formulado el heredero la renuncia, ésta quedará sin efecto. Pero además de forzosa, la herencia resulta en este caso **onerosa**. Se trata de una "**damnosa hereditas**, donde el sucesor **no adquiere nada**, y donde es posible incluso que reciba un daño patrimonial", anota acertadamente Messineo.

Por su carácter ilimitado, la sanción de suceder **ultra vires hereditatis** constituye un castigo de insospechados efectos, razón por la cual opinamos por su eliminación. En todo caso, puede optarse por restringir sus consecuencias. Así, el Código Civil de Venezuela, reiterando el texto

del Código Civil español, expresa que los herederos que hayan sustraído u ocultado bienes pertenecientes a la herencia perderán el derecho de repudiarla y quedarán constituidos en herederos puros y simples. Para los herederos que sustraen bienes que pertenecen a una sucesión, el Código Civil de Chile tiene un castigo restringido que es interesante tomar en cuenta: se pierde la facultad de renunciar a la herencia y el sucesor permanece como heredero, pero no tiene parte alguna en los objetos sustraídos. Asimismo, el legatario que cometa estos actos, pierde su derecho sobre dichos objetos, y si ya no tiene el dominio sobre ellos, deberá restituir el duplo. Además, ambos quedan sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan.

En la forma como está actualmente planteado en nuestro ordenamiento, ¿qué ocurre cuando unos herederos suceden **intra vires hereditatis** y otros **ultra vires hereditatis** por haber realizado estos actos? Un sentido de equidad nos impulsa a pensar que éstos debieran ser responsables por las obligaciones del causante únicamente en proporción a su participación en la herencia; no así por la totalidad. No obstante, la ley no dilucida el problema, y podría temerariamente interpretarse que el responsable **ultra vires hereditatis** debe obligarse por todas las deudas del causante. ¿Podemos imaginarnos un heredero a quien le corresponde el 10% de la herencia que se vea obligado a pagar el 100% de las obligaciones del causante? Evidentemente que no.

Las razones expuestas obligan a considerar una modificación sustancial en relación a la existencia o forma como debe funcionar este instituto.

2. ACEPTACION LEGAL

Cuando el causahabiente no acepta la herencia expresamente ni se comporta como heredero, pero deja transcurrir el plazo a que se refiere el artículo 673 para renunciar a la herencia, nos encontramos ante el caso del silencio; que importa manifestación de voluntad cuando la ley le atribuye ese significado, tal como señala el artículo 142. Por ello, a esta clase de aceptación, se le puede dar la denominación de **coactiva**.

El Código derogado disponía que la manifestación de la voluntad podía ser expresa, tácita o presunta, siendo esta última denominación criticada por la doctrina. Messineo la rechaza por impropia, pues no puede fingirse una voluntad que no existe. Igualmente, Barbero indica que se acostumbra hablar con poca propiedad de **aceptación presunta**, cuando en realidad es un caso de **adquisición sin aceptación**. León Barandiarán la calificó de "ficcional", a diferencia de la manifestación real de voluntad.

Utilizando la terminología empleada por Lanatta en su obra, el artículo 673 señala que la herencia **se presume** aceptada, expresión que re-

sultaría ahora impropia por no existir la aceptación presunta. Lo que hay es un silencio al cual la ley le otorga carácter de manifestación de voluntad, por lo que preferimos denominarla legal o coactiva. Dicho artículo debería decir que el silencio importará la aceptación de la herencia cuando ha transcurrido el plazo, o simplemente fijar el plazo para renunciar como lo hacia el Código anterior. En aras de simplificar, puede sencillamente sustituirse la voz **presume** por **considera**.

Asimismo, debe eliminarse el último párrafo de dicho artículo que expresa que estos plazos no se interrumpen por ninguna causa. Este enunciado estaba en el Código de 1936 y Lanatta lo suprimió en su Anteproyecto, siendo agregado después por la Comisión Revisora. La exclusión se plantea porque su enunciado resulta innecesario, pues siendo claramente un plazo de caducidad, no admite interrupción ni suspensión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2005.

3. EXISTENCIA DE LA REPRESENTACION CUANDO HAY UNA SOLA ESTIRPE

Debe plantearse que hay representación aun cuando haya una sola estirpe. La omisión de esta declaración significa, como debe interpretarse con el actual texto, que cuando hay una sola estirpe no hay representación y la sucesión es por derecho propio.

Hemos creído que debe haber representación cuando se da una sola estirpe, pues de no reconocerse ella, ocurren las siguientes situaciones:

1.- La sucesión es por derecho propio y los nietos de una rama excluyen a los bisnietos de otra, por el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más remotos.

2.- Se da el derecho de acrecer entre todos los herederos del mismo grado de parentesco, y no entre los herederos de la misma rama.

3.- Se limita la capacidad de libre disposición del causante.

Analizando las dos soluciones, Borda se inclina porque prevalezca la idea de la representación de existir una sola estirpe, por mostrarse más fecunda, aun en la hipótesis de que se trate de un solo nieto o de varios nietos hijos de un mismo padre. Califica la solución contraria como injustísima, expresando que se priva al causante de disponer libremente de su cuota de libre disposición, y se despoja al donatario o legatario, "por un artilugio lógico-jurídico, de bienes cuya propiedad le correspondía, no solamente en justicia, sino también por aplicación de los principios normales que rigen la sucesión de los bienes". En el Derecho argentino, Zannoni confirma lo expuesto al igual que Maffía, quien manifiesta que un examen superficial del tema podría llevar a la afirmación contraria; y, Fornieles, igualmente, expresa que es la solución más justa.

En este mismo sentido, el artículo 469 del Código Civil italiano dispone que también hay representación cuando hay unidad de estirpe, al igual que el Código portugués en su artículo 2045.

Interpretando el Derecho español, Albaladejo y Vattier opinan de que a pesar del silencio del Código debe haber representación cuando hay una sola estirpe, porque el artículo 925 indica que la representación tiene lugar en la línea recta "siempre".

Resulta interesante apreciar que el sistema que niega la representación en una sola estirpe, como el francés, tiene opiniones respetuosas por la tesis opuesta, como la de Planiol y Ripert.

En la idea de que la representación debe operar siempre, trátese de varias estirpes o de una sola, se propone el enunciado correspondiente.

4. INCAPACIDAD, INTERDICCION Y CURATELA

La trasmisión intervivos con efectos sucesorales está íntimamente ligada a las figuras de la incapacidad, interdicción y curatela cuando se incurre en las figuras de prodigalidad y mala gestión.

Por ello, si bien es cierto que la ley franquea al juez el camino para que pueda privar en forma provisional del ejercicio de sus derechos civiles a la persona de cuya interdicción se trate, nombrándole un curador provisional, es importante, además, darle la facultad de anular los actos anteriores a la interdicción si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron; regla general que preconiza el artículo 582 y que el actual artículo 593 excluye indebidamente para el caso del pródigo y del mal gestor.

5. CUOTA LEGITIMARIA

Los conceptos de legítima y cuota disponible son correlativos, respectivamente, a los de familia y propiedad. En ese sentido, a mayor legítima, más se afecta el derecho de propiedad; a mayor porción de libre disposición, más se perjudica a la familia. Y en el fondo, ¿el caudal relicto no es un patrimonio familiar?

Nosotros creemos firmemente en la institución de la reserva legitimaria. Empero, en aras de reivindicar la sucesión testamentaria, que ha quedado relegada al estudio teórico, somos de opinión que se debe conciliar ambos criterios, debiendo ampliarse de una tercera parte a la mitad la capacidad de disponer libremente cuando el testador tenga cónyuge, hijos y descendientes; y de la mitad a las dos terceras partes cuando tenga sólo ascendientes. Recordemos que Josserand citaba que en el año 1928, de las sucesiones declaradas en Francia, las cuatro quintas partes eran intestadas, siendo sólo una quinta parte testada. Esa proporción, que al

ilustre tratadista galo le parecía apabullante a favor de la sucesión abintestado, es hoy día muchísimo mayor, al extremo que no tememos equivocarnos si afirmamos que más del 99% de las sucesiones son intestadas.

Esta fórmula releva la autonomía de la voluntad. No restringe la libertad individual y toma una posición equidistante entre la tesis que destaca la propiedad privada y aquella que sostiene la del patrimonio familiar.

6. LEGITIMA Y CUOTA HEREDITARIA

Es necesario no confundir estos conceptos como actualmente lo hace el artículo 729, que a la letra dice: "La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión".

Como decía Troplong, la legítima es de Derecho natural y la cuota hereditaria de Derecho civil. La legítima de cada heredero necesario nada tiene que ver con la cuota que le corresponde en la sucesión abintestato. Para comenzar, la cuota en ésta se calcula sobre la totalidad del patrimonio del causante, mientras la legítima es sólo la parte intangible de ésta; o sea, la que no es de libre disposición. En segundo lugar, la legítima no varía según sean uno o varios los herederos forzosos de la misma clase.

Pensamos que el error de identificar la legítima con una cuota de la herencia viene del Código anterior, cuando el artículo 704 señalaba que la legítima del cónyuge era una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal. Por las razones explicadas, ello no es así.

En la Exposición de Motivos, Lanatta explica que la norma proyectada tenía por objeto cubrir un vacío, determinando que las disposiciones sobre la legítima tienen como complementarias o supletorias a las contenidas en la sucesión intestada. Señala que otros códigos tienen una solución análoga. Ello es cierto, pero sólo en cuanto a la fórmula remisiva, no mencionándose en otros ordenamientos la equivalencia entre la legítima y la cuota del heredero legal. Así, el artículo 3592 del Código argentino declara que "tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado"; y el artículo 1183 del Código chileno prescribe que "los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada".

Por ello, pensamos que la primera parte del artículo 729 es equivocada y no tiene sentido. No así la segunda, que está de acuerdo con las legislaciones citadas y otras, y que persigue que los legitimarios resuelvan su participación, concurrencia y exclusión, de acuerdo a las normas de la sucesión intestada. En Luces y Sombras del Código Civil, Max Arias-Schreiber Pezet ha expresado que está de acuerdo con nuestra crítica, señalando

que deberá ser tenida en cuenta al momento en que se modifique el Código Civil o se dicte uno nuevo.

7. DERECHO DE HABITACION

El artículo 731 del Código no ha tenido una redacción feliz ni clara, habiéndose apartado del texto original sugerido por Lanatta.

Holgado Valer ha llegado a sostener que el cónyuge que solicita la posesión de la casa que le sirvió de hogar conyugal pierde su legítima hereditaria, lo cual no es correcto. En efecto, debe entenderse que el cónyuge no pierde sus gananciales, ni tampoco su cuota hereditaria. Resulta así propietario en condominio con los herederos con los que concurre, por la parte de sus gananciales y de su cuota. La circunstancia que plantea la norma está referida al caso de que los derechos mencionados que le corresponden al cónyuge no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal.

El Anteproyecto Lanatta expresaba con propiedad que producida dicha situación, el cónyuge tendría sobre la referida casa el derecho real de habitación, en forma vitalicia y gratuita, texto que fue reproducido en los proyectos de las Comisiones Redactora y Revisora. Sin embargo, el Código emplea la expresión **podrá optar**, creando la confusión, pues no expresa claramente si se trata de un derecho independiente como fue formulado en su origen, es decir, copulativo a los gananciales y a la herencia, o de un derecho alternativo, como deja entrever el vocablo **optar**, que significa escoger entre dos o más posibilidades.

Creemos que la utilización de esta voz es un error del legislador, que se advierte por los antecedentes y por la segunda parte del artículo. Si fuera **opción** de acuerdo a ese concepto, el cónyuge perdería sus gananciales y su cuota hereditaria, lo cual contradiría lo dispuesto en el artículo 730 comentado y el ordenamiento en general. En todo caso, la correcta interpretación del término **optar** podría ser en el sentido de que el cónyuge puede elegir entre ejercer el derecho o no ejercerlo. Pero de acuerdo a ello, todos los derechos son optativos. Por lo expuesto, insistimos en que la norma induce innecesariamente a confusión, debiéndose haber mantenido la clara redacción original de Lanatta.

Asimismo, el artículo 731 debió referirse a la concurrencia del cónyuge con otros sucesores, y no mencionar sólo a los herederos. En efecto, de concurrir con legatarios, el derecho subsistirá igual. Debió seguir la redacción argentina, que se refiere a "otras personas con vocación hereditaria o como legatarios", o la italiana, que habla de la concurrencia "con otros llamados". No obstante la omisión de los legatarios en nuestro artículo, pensamos que obviamente se aplica el instituto cuando el cónyuge concurra con ellos; inclusive, con mayor razón. Más aún cuando el mismo

dispositivo señala que "la diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición", que es sobre la cual se pagan los legados.

Por otra parte, consideramos que es fundamental precisar un valor límite al inmueble, del cual no podrá exceder. Si lo excede, deberá procederse a su realización para que con el producto de ésta el cónyuge pueda adquirir, como apunta Borda, una casa o departamento más modesto, pero suficiente, con la parte que le toque en la división.

Encontramos inicuo que este derecho, que ofrece ventajas evidentes y que está inspirado en un principio de justicia, pueda ejercerse sin limitación alguna. En efecto, pensamos que debieron establecerse las restricciones del Derecho argentino, que inspiró a nuestro legislador para plasmar este instituto. Sobre todo, en lo relativo al valor del inmueble, pues si éste es excesivo y la casa-habitación del hogar conyugal fuera toda la herencia, los demás herederos recibirán su parte en condominio afectada con una carga a favor del cónyuge; y se produciría una notoria desproporción que la equidad rechaza. Más justo sería, en ese caso, que se autorizara la partición, y de efectuarse una venta, el cónyuge sobreviviente pudiera adquirir un inmueble de menor valor con la parte del producto que le corresponda. El legislador debió contemplar esta situación y darle una solución adecuada. Arias Schreiber ha coincidido con nuestra crítica, indicando que en el futuro debería dársele una solución semejante a la propuesta.

8. DISPOSICION DEL PROPIO CUERPO

La cesión de órganos y tejidos puede darse entre personas vivas o por efecto del fallecimiento. En ambos casos, se les considera **objetos especiales**, a los cuales les es ajena cualquier clasificación de bienes. Se trata de bienes que están fuera del comercio. Así, no les son aplicables ni el contrato de donación tratándose de cesiones intervivos ni la figura del legado en las trasmisiones mortis causa. No sólo la onerosidad es ajena al instituto. Además, los actos como la donación y el legado -por su naturaleza gratuitos y de liberalidad-, tampoco son útiles para disponer de órganos y tejidos, por el carácter extrapatrimonial de éstos.

La aclaración es importante, pues como se podrá observar de las normas citadas, tanto el Código Civil como la ley de la materia y su Reglamento -este último en forma reiterada- hablan de **donación** y **donante**; lo que de ser posible llevaría a la conclusión de que también es factible el legado de órganos. Nosotros creemos que es un error del legislador. Precisamente, si no se le puede aplicar clasificación de bienes alguna pues se trata de un **objeto especial**, sin significación patrimonial, no es susceptible de trasmisión mediante la donación o el legado.

Igual tratamiento jurídico deben tener las células reproductivas y los embriones, los cuales, al formar parte de la integridad física de la perso-

na, no tienen la condición de cosas, estando excluidos del tráfico jurídico.

En todo caso, una disposición en un testamento cediendo parte del cuerpo u órganos del mismo deberá interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 686, segundo párrafo del Código Civil, que establece que son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

9. TESTAMENTO ANULABLE

Según el artículo 808, segunda parte, el testamento es anulable cuando es otorgado por determinados incapaces.

Los tres primeros casos se refieren a causales de nulidad absoluta, las cuales acarrean la nulidad del acto y no su anulabilidad, existiendo notoria contradicción entre el Libro del Acto Jurídico y el Libro de Sucesiones. Nosotros pensamos que las normas de este último Libro pueden ser más limitativas que las del primero respecto a la capacidad para testar y la validez del acto, pero de ninguna forma más extensivas. Si la incapacidad absoluta del agente produce la nulidad absoluta de acuerdo a las normas del acto jurídico, lo mismo tiene que ocurrir en el orden sucesorio, el cual podrá incluir otras causales de nulidad, mas no restringir las existentes.

La regla resulta así la siguiente: el testamento es nulo si le es de aplicación cualquiera de las causales de nulidad absoluta determinadas en el Libro del Acto Jurídico, así como cualquiera de las señaladas en el Libro de Sucesiones. Igualmente, el testamento es anulable si le es de aplicación cualquiera de las causales de nulidad relativa especificadas en el Libro del Acto Jurídico, así como cualquiera de las expresadas en el Libro de Sucesiones. A este respecto, Pontes de Miranda nos dice que "las nulidades derivadas de forma pueden, como las otras, ser de **derecho civil** y de **derecho sucesorio**, esto es, específicas; porque el testamento antes de ser de derecho de sucesiones, es acto jurídico, más precisamente, negocio jurídico unilateral". Como señalaba con propiedad Aníbal Corvetto Vargas, la nulidad de un acto jurídico está sometida al capítulo correspondiente del Acto Jurídico, pero hay caracteres naturales del acto que lo hacen nulo por disposición expresa de la ley en cada especie de acto, siendo nulidades específicas como en el caso de los testamentos.

10. LA COLACION RESPECTO A BIENES TRANSFERIDOS

En cuanto a los bienes anticipados y transferidos por el donatario, pensamos que el legislador debió optar por una solución distinta a la plasmada en el artículo 833. En efecto, creemos que la solución del Código de valorizar el bien enajenado al valor que tenga en el momento de la apertura de la sucesión, resulta en este caso injusta. Ya sea cuando el acto de disposición se haga a título gratuito como a título oneroso, lo lógico es que

lo colacionable sea el valor del bien al momento de la transferencia, actualizado en todo caso por el índice de inflación u otro de reajuste de valor. De otra forma, como lo ha formulado el legislador, el anticipado que enajena el bien puede verse beneficiado o perjudicado en forma inicua.

Por ejemplo, podría tratarse de un inmueble que tenga un gran valor por su ubicación al momento en que el anticipado lo enajena, disminuyendo considerablemente al momento de la apertura de la sucesión por no tener el lugar donde está situado la misma consideración, en cuyo caso el anticipado saldría beneficiado. De producirse el caso a la inversa, se vería perjudicado. En ese sentido, Colin y Capitant opinan que sería preferible adoptar la solución del Código Civil suizo, cuyo artículo 630 establece que la colación se efectúa según el valor de las donaciones en el día de la apertura de la sucesión, si el donatario ha conservado en su poder las cosas donadas, o con arreglo al precio real de la venta, si las ha enajenado. Los ilustres juristas apuntan, con razón, que de esta manera el donatario colaciona exactamente lo que se ha enriquecido por la donación.

Adicionalmente a los puntos formulados, hacemos una invocación para que los juristas abocados en la reforma de nuestro ordenamiento civil tengan en cuenta, respecto a la determinación de la paternidad cuando el nacimiento ocurre después de los trescientos días siguientes al fallecimiento a que se refiere el artículo 361, los avances científicos provenientes de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Desde el punto de vista sucesorio, pensamos que la solución se encuentra en afectar, en algunos casos, parte de la legítima con una carga legal a favor de estos seres futuros o, en su defecto, al igual que tratándose de los hijos almentistas, gravar la cuota de libre disposición.

DERECHO DE SUCESIONES: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA SU MODIFICACION

Juan Alejandro Olavarría Vivian
Prof. Universidad Lima

1.- TRASMISION DE LA HERENCIA.

El Código Civil de 1936 señalaba en su artículo 657 que, *desde la muerte de una persona se trasmiten la propiedad y, la posesión, de los bienes y derechos que constituyen la herencia a aquellos que deben recibirla.*

Nuestro Código vigente, con mejor técnica legislativa, especifica en su artículo 660 que la herencia se trasmite a los **sucesores** del causante. Sin embargo, debe advertirse que el término **sucesor** es un concepto genérico que en nuestra materia incluye tanto a los **herederos como a los legatarios,** distinguiéndose **tradicionalmente** que aquellos suceden a **título universal** y los últimos a **título particular,** entendiéndose a la herencia como un patrimonio causado que abarca derechos y obligaciones.

Siendo los herederos quienes deben responder de las deudas y cargas de la herencia, y considerando que los legatarios quedan al resultado de la depuración de la masa hereditaria para el cobro de sus legados, toda vez que en primer lugar deben pagarse las cargas de la herencia y a continuación las deudas de la misma, debemos concluir que los legatarios no son sino acreedores de la masa hereditaria cuyo derecho no es privilegiado. En tal virtud, no es tan exacto que la herencia o los bienes y derechos que la constituyen se les trasmita a ellos (los legatarios) desde la muerte del causante al incluírseles dentro del vocablo **sucesor.** Por tanto, consideramos que el artículo 660 de nuestro Código Civil debe ser aún más específico e indicar que los bienes derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a los herederos del causante. Más aún, cuando de la interpretación sistemática del código se establece inequívocamente que los legados deben ser pagados, conforme al tenor de las siguientes normas 765, 766, 770, y 787 inciso 6º.

2.- PETICION DE HERENCIA.

La entrada en vigencia de nuestra nueva legislación procesal civil introdujo varios cambios en el texto de las normas del Código Civil. Una de ellas resulta ser el artículo 664 que regula el derecho de petición de he-

rencia, cuya redacción original facultaba al heredero desposeído de los bienes de la herencia a demandar a quien los poseía en todo o en parte a **título de heredero, para excluirlo o para concurrir con el demandado,** dependiendo el resultado de la existencia de un mejor derecho en el primer caso, o de la igualdad de los mismos en la segunda hipótesis.

La innovación introducida consiste en que el demandado en la petición de herencia ya no es quien posee los bienes a **título de heredero,** sino que, quien ostenta **título sucesorio,** habiéndose ampliado, de esta manera, la posibilidad de demandar la petición de herencia no sólo contra otro heredero sino que también contra uno o más **legatarios,** toda vez que el **título sucesorio,** así como el vocablo **sucesor** incluyen tanto al heredero como al legatario. La norma modificada franquea dos soluciones para el heredero demandante: excluir o concurrir con el demandado, sin embargo, debemos advertir que la primera solución resulta materialmente imposible de realizarse cuando el demandado es un **legatario que ostenta titulo sucesorio,** toda vez que jamás se le podrá excluir, a diferencia de lo que ocurre con el heredero demandado quien si puede ser excluido. En efecto, el Código antes de la modificación introducida ya establecía solución a este problema al consagrar la **acción de reducción de los legados** que menoscaban la legítima o que exceden la parte disponible de la herencia, o que trasgreden la cuarta falcidia, conforme al texto de los artículos 770, 771 y 807 de nuestro Código Civil. En suma, al **legatario se le reduce, no se lo excluye,** aún cuando podamos apreciar que en una hipótesis extrema el resultado práctico es el mismo. En tal sentido, apreciamos que no hubo necesidad de efectuar la modificación del título del demandado en la petición de herencia, ya que estamos ante una solución impracticable y que el problema ya está resuelto por el código mediante la **acción de reducción** para el caso de los legados.

Por otro lado, consideramos apreciable que en el segundo párrafo de la norma se elimine toda referencia a la pre-existencia de un pronunciamiento judicial que declara herederos y que soslaya los derechos del demandante, a efectos de que éste opte por acumular a su petición de herencia el que se le declare heredero. En efecto, el requisito de la pre-existencia de una declaración judicial de herederos que omita los derechos del demandante de petición de herencia, en realidad no lo perjudica si es que no ha sido parte del proceso de declaración, siendo ésta la hipótesis de la norma ya que preterir es omitir y es supuesto distinto a negar un derecho. Recordemos que la cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ella deriven sus derechos. En consecuencia, con o sin declaración de herederos pre-existente, quien demanda la petición de herencia debe acumular el que se le declare heredero.

Existen, además, las propuestas de modificación formuladas por el Dr. Augusto Ferrero Costa, las cuales fueron aprobadas por unanimidad en la Comisión del Libro de Sucesiones del Centro de Investigación de la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, y que las presentó en su incorporación como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho. De todas ellas, citaremos las que en nuestra modesta opinión resultan trascendentales.

3.- RESPONSABILIDAD SUCESORAL.

El artículo 661 del Código Civil patrio consagra como regla general la responsabilidad "**intra vires hereditatis**", lo cual significa que el heredero no compromete su patrimonio personal si los pasivos del patrimonio causado son mayores que sus activos; sin embargo, nuestra legislación reconoce la responsabilidad sucesoral "**ultra vires hereditatis**" de manera excepcional y a modo de sanción o castigo para el heredero que incurre en cualquiera de las conductas contempladas en el artículo 662 de nuestro Código Civil. Situaciones que, por cierto, convierten al heredero en forzoso desde la perspectiva del sucesor, toda vez que no puede apartarse del proceso sucesoral.

Dado el tenor genérico e ilimitado del artículo 662, el resultado de suceder "**ultra vires hereditatis**" puede dar lugar a un castigo de consecuencias desproporcionadas, por lo que, consideramos prudente restringir sus alcances.

El Dr. Augusto Ferrero, afirma con enfásis que un sentido de equidad nos impulsa a pensar que quienes resulten afectados por incurrir en una conducta sancionada con responsabilidad sucesoral "**ultra vires hereditatis**", debieran asumir las obligaciones del causante únicamente en proporción a su participación en la herencia; más no así por la totalidad. Sin embargo, la ley no es clara al respecto y podría temerariamente interpretarse lo contrario.

4.- EXISTENCIA DE LA REPRESENTACION CUANDO HAY UNA SOLA ESTIRPE.

Consideramos que debe darse la representación aún cuando exista una sola estirpe, pues de lo contrario, se producen resultados inícuos tales como los siguientes:

- La sucesión es por cabezas y los nietos de una rama excluyen a los bisnietos de otra por el principio de proximidad de grado, esto es, los más próximos excluyen a los más remotos.
- Se da el derecho de acrecer entre todos los herederos del mismo grado de parentesco, y no entre los herederos de la misma rama.
- Se limita la capacidad de libre disposición del causante.

En apoyo de su tesis, el Maestro Augusto Ferrero cita a los juristas argentinos Borda, Zannoni, Maffía y Fornieles, calificando de injustísima

-el primero de los nombrados- la solución contraria, al privarse al causante de su libertad para disponer de su cuota de libre disposición, y al quedar eventualmente desamparados el donatario o el legatario de bienes cuyo dominio les correspondía.

En interpretación de la norma española, Vattier, -citado por Ferrero- opina que a pesar del silencio del Código igual se da la representación cuando hay una sola estirpe en razón a que el artículo 925 indica que en la línea recta la representación tiene lugar "siempre".

5.- LEGITIMA Y CUOTA HEREDITARIA.

El artículo 729 de nuestro Código Civil confunde los conceptos de legítima y de cuota hereditaria. Indica con acierto el Dr. Augusto Ferrero que la cuota en la sucesión intestada se calcula sobre la totalidad del patrimonio causado, mientras que la legítima es sólo la parte intangible de éste, y que, la legítima no varía según concurran uno o varios herederos forzosos de la misma clase.

6.- DERECHO DE HABITACION DEL CONYUGE SUPERSTITE

En principio, debe entenderse que el ejercicio de la opción a que alude el artículo 731 del Código Civil en beneficio del viudo, es un derecho indepediente y copulativo a los gananciales y a la herencia, y no constituye una alternativa como mal puede inferirse de la confusión que origina el vocablo "optar" utilizado por la norma. Por otro lado, el artículo 731 debió incluir también la posible concurrencia del viudo con otros sucesores como son, precisamente, los legatarios, y establecer, de otra parte, un valor referencial sobre el inmueble que limite el ejercicio de la opción.

Advierte el Dr. Ferrero, lo inícuo que puede resultar el ejercicio de este derecho sin limitación alguna, y considera que debió recogerse las restricciones del Derecho argentino que le sirvió de fuente.

Por último, la norma debe incluir la hipótesis de una separación judicial existente cuyo origen sea imputable al causante, a efectos de que el viudo pueda también gozar de este derecho.

7.- SUCESION DEL CONYUGE CON PADRES Y ASCENDIENTES.

El artículo 824 del Código Civil señala que el cónyuge que concurre con los padres o con otros ascendientes del causante hereda una parte igual a la de uno de ellos. El Maestro Augusto Ferrero, expresa, que no es lógico ni equitativo que cuando el cónyuge concurra con dos padres, herede la tercera parte, y que cuando concurra con cuatro abuelos herede la quinta parte. Todo ello denota que cuanto más lejano es el vínculo de pa-

rentesco de los ascendientes con el causante resulta menor la cuota hereditaria del viudo. En tal virtud, consideramos, que la cuota hereditaria del viudo que no concurre con los padres sino que con otros ascendientes debe ser siempre igual a la de un padre, esto es, la mitad de la herencia, y que, cuando concurre con los padres hereda una parte igual a la de uno de ellos.

8.- SUCESION POR TRASMISION.

El artículo 679 de nuestro Código Civil regula el caso del fallecimiento del heredero dentro del plazo para renunciar a la herencia que le dejó su causante, sin haberse pronunciado al respecto; disponiendo que el derecho de aceptar o renunciar la herencia que tenía el heredero fallecido se trasmite, a su vez, a sus herederos, lo cual significa que éstos heredan ese derecho. El plazo que tienen estos últimos para renunciar la primera herencia se cuenta nuevamente desde la muerte del primer llamado o heredero fallecido.

Entendiendo que el derecho trasmitido (de aceptar o renunciar la herencia del primer causante) forma parte de la herencia dejada por el heredero fallecido, debe colegiarse que este derecho se pierde si los segundos herederos renuncian a la herencia dejada por el primer llamado o heredero fallecido, toda vez que los herederos del heredero fallecido no lo son del causante de éste, importando que no se podrá aceptar o renunciar ambas herencias en forma independiente o autónoma.

Por otra parte, consideramos que la trasmisión de este derecho debe hacerse extensiva a los legados, para que los herederos del legatario puedan aceptar o renunciar el legado en favor de su causante, quien murió dentro del plazo para renunciarlo sin manifestarse al respecto.

COMENTARIOS SOBRE LOS DERECHOS REALES

Max Arias-Schreiber Pezet

Tengo el agrado de hacer uso de la palabra para en primer lugar agradecerle al doctor Fernández Sessarego por la gentileza que han tenido para conmigo, al postergar esta intervención para el día de hoy, pues en la fecha que me señalaron estaba en el extranjero.

Quiero aprovechar esta ocasión para saludar muy afectuosamente a los grandes juristas extranjeros que con su presencia le están dando lustre a este Congreso Internacional. Particularmente saludo a mis antiguos amigos el Profesor y gran jurista argentino Guillermo A. Borda, a la tratadista y magistrada Aida Kemelmajer de Carlucci, a Francesco Galgano, Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Atilio Alterini, Santos Cifuentes, Roberto López Cabana, y, en general, a todos los maestros presentes en este Congreso y a los abogados y estudiantes que le están dando la importancia que tiene con su presencia.

Me voy a ocupar de los **Derechos Reales,** cuya Comisión he presidido en el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad. El tema no me es, por lo tanto, ajeno. Muy por el contrario, hace muchos años me recibí de Bachiller en Derecho con una tesis que exponía y comentaba el libro V del Código Civil de 1936 y en 1984 elaboré una Ponencia sobre los Derechos Reales, que fue entregada a la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora.

Quiero dejar constancia que en la Comisión hemos elaborado un trabajo completo, con todo el articulado de un nuevo libro y que debe ser tomado como un primer esfuerzo de nuestra parte, pues esperamos las opiniones y sugerencias de los maestros extranjeros y peruanos para dar un paso adicional y refinar nuestra obra.

Valga la oportunidad para decir que ha sido para mi muy grato trabajar codo a codo con profesores de gran prestigio, como los doctores Víctor Guevara Pezo y Jorge Vega Velasco, así como con otros profesores jóvenes provenientes de distintas universidades.

Ya en anterior sesión y a pedido mío el doctor Víctor Guevara Pezo hizo una exposición de nuestros estudios culminados con lo que podríamos calificar de un Anteproyecto.

Por lo tanto, no voy a exponer sino en términos muy generales, pues

habría una repetición innecesaria, dada la calidad docente y de investigador que tiene el doctor Guevara Pezo.

En primer lugar quiero destacar la técnica utilizada.

Hemos considerado varios temas que no están en el Código Civil vigente y que exige la realidad peruana. El Perú es un país que está entrando al proceso de desarrollo en todo orden de cosas y los juristas estamos obligados a elaborar leyes que reflejen esa realidad y que puedan ser entendibles no sólo en Lima sino hasta en los más reconditos rincones de la Patria.

Por eso se ha insistido en las definiciones, siguiendo el camino de otros libros del Código y exponiéndonos a que se nos critique y diga que esta es labor de la doctrina. Ya cuando se elaboraba el Código Civil peruano de 1936, uno de los grandes juristas peruanos -el doctor Manuel Augusto Olaechea- expresó que "existen códigos que enseñan".

Así, hemos introducido figuras no contempladas en el Código de 1984 y que tienen particular importancia, como la propiedad horizontal, vertical y mixta, a base de unidades independientes y áreas comunes; la propiedad a tiempo compartido; y la hipoteca posesoria, destinada a facilitar el crédito de los asentamientos humanos, cuyo dominio de hecho está arraigado en el Perú, por mucho que se pueda considerarlo desde un ángulo académico y técnico, como una contradicción y un desacierto.

Quiero poner enfasis en el artículo 54 del Anteproyecto, que define la propiedad. El artículo 70 de la Constitución de 1993 ha sido parco en este aspecto. Sólo señala que la propiedad es inviolable y se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Nosotros, partiendo de los mismos principios, definimos a la propiedad de un modo más amplio, -sin salirnos de la norma constitucional- y la conceptuamos: 1) Como un poder jurídico que permite disfrutar, disponer y reivindicar un bien; 2) Debe ser ejercitada comprendiendo derechos y obligaciones; 3) Esos derechos y deberes deben utilizarse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Los derechos de un propietario no son ni pueden ser absolutos. Al interes particular del dueño se superpone muchas veces el interés superior de la colectividad. Este concepto está por lo demas reforzado por el cuarto párrafo del artículo 3 de la Carta Magna, según el cual la Constitución no ampara el abuso del derecho.

El maestro Fernández Sessarego ha escrito un valioso libro titulado "Abuso del Derecho", que en palabras de Guillermo Borda "arroja una luz sobre toda la problemática del abuso del derecho. Es el resultado de una larga meditación sobre un tema que cala muy hondo en el concepto mismo de los derechos subjetivos" (Carlos Fernández Sessarego, Abuso del Derecho, prólogo del doctor Guillermo A. Borda).

En mi opinión, el ejercicio abusivo del derecho -como prefiero llamarlo- tiene intensa aplicación en el área de los Derechos Reales, principalmente en los derechos de los propietarios, pero también de los demás titulares de tales derechos, como son el usufructuario, el usuario, el habitacionista, el sujeto activo de las servidumbres, el acreedor prendario, anticrésico e hipotecario, asi como el retenedor.

Dice Fernández Sessarego, en palabras que compartimos a plenitud, que "La atormentada y discutida elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho respondió, en su origen, a un reclamo comunitario de raíz etico-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho. La aceptación del instituto por la doctrina jurídica se concilia, a su vez, con las exigencias de una nueva visión filosófica acorde con los tiempos, en la cual el ser humano ocupa una posición cimera en toda construcción dogmático-jurídica. La admisión del abuso del derecho surge, así, como una lógica reacción frente a los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código Civil francés de 1804, trasuntan una posición de corte netamente individualista. Por todo ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura.

La figura jurídica de la que venimos tratando se ha convertido en un valioso instrumento para poner coto al ejercicio o al no uso abusivo de un derecho subjetivo, original y legítimamente atribuido por el ordenamiento jurídico a un titular. Es por ello que, como observa Peirano Facio, en la doctrina contemporánea se advierte una tendencia bastante acusada "a hacer de la teoría del abuso del derecho uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual". "Esta aseveración es tan cierta que el tratamiento jurídico de este instituto desborda el campo limitado de la responsabilidad y alcanza los conceptos más generales del derecho. La institución está marcada por su sentido humanista, que presiona en lo patrimonial, cada vez entendido mejor no como un fin en si mismo, sino como un instrumento al servicio de la persona" (Carlos Fernández Sessarego, Abuso del Derecho).

Me alejo de los Derechos Reales para tocar un tema que me es sumamente sensible. Desde hace algún tiempo se ha desatado una campaña de desprestigio al Código Civil de 1984, y hasta en este Congreso se han repartido documentos que tratan de satanizarlo. Me precio de ser respetuoso de la opinión ajena, por errónea que pueda considerarla. Pero lo que no puedo ni debe admitirse es que al impulso de intereses personales o familiares se esté propiciando la derogatoria del Código y la reactualización del Código de 1936, elaborado dentro de un contexto nacional y mundial completamente distinto al actual.

Hasta he llegado a leer en páginas de un prestigioso constitucionalis-

ta, escritor y político, que lo mejor "seria retornar al Código Civil de 1852".

Se toma como pretexto para esta campaña el hecho de que juristas viejos y jóvenes de todas las Facultades de Derecho están empeñados en la común aspiración de mejorar el Código e introducirle cambios a defectos saltantes e inevitables en toda obra humana. No nos hemos aferrado a lo que se hizo entre 1965 y 1984 y hemos iniciado con vocación y entusiasmo la difícil tarea de ajustar el Código a las exigencias de la vida actual y salvar sus saltantes deficiencias en el corto plazo, para establecer conceptualmente los avances que debe tener un Código Civil, pensando en el cercano siglo XXI en el que se producirán nuevos avances de la ciencia y la tecnología, a los que no puede ni debe ser ajeno el derecho. Los descubrimientos de la biotecnología han abierto un mundo antes desconocido y no sólo comprometen a las ciencias naturales y la medicina, sino que también alcanzan a la ética y al derecho.

El impacto que está produciendo el llamado "Genoma Humano" obliga a tomar una posición por parte de los hombres de derecho, dado el riesgo que existe de provocar graves conflictos de orden familiar y también directamente con los derechos de la persona natural. Habrá que insistir en "la facultad de esta persona de cumplir sus destinos siguiendo el sentido natural de las cosas, al que se contraponen interferencias artificiales. Se sostiene y convenimos en ello, que en los años augurales del próximo milenio, con la culminación del Proyecto Genoma, el hombre habrá logrado abrir la puerta del secreto mas celosamente guardado por la Naturaleza en el interior de los seres vivos y del propio ser humano. Las posibilidades de la denominada "manipulación genómica puede privar a la persona de ser ella misma y quedar sujeta a la voluntad de otras personas que alteren su base biológica". Afirma con acierto el jurista argentino Enrique Carlos Banchio: "cuando la humanidad llega a un nivel insospechado en los progresos de orden técnico, cuando ha descubierto los secretos de la materia y juega con las fuerzas en ella encerrada, más pequeño se encuentra hombre como persona individualmente considerada, como sujeto de derechos y obligaciones. El mundo va deshumanizándose, el ser racional se convierte en un número, los universales y lo abstracto absorben la persona humana" (Enrique Carlos Banchio, Ensayo sobre "el proyecto genoma humano frente a la ética y al derecho", Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, República Argentina, Córdoba, 1994, tomo III, página 961).

¿Acaso el Código vigente y el de 1936 ha entrado en este campo tan actual y de tanta trascendencia? Existe conciencia entre los juristas actuales que es necesario hacerlo, aunque sea a grandes rasgos, estableciendo principios que defiendan la intimidad y privacidad de la persona. Es motivo de preocupación que al lado de las ventajas de detectar posibles enfermedades en base al Mapa Genoma, surjan problemas en el área la-

boral y en los seguros, así como en el derecho familiar.

Basta una simple comparación entre el articulado del Código de 1936 y el de 1984 para advertir los vacíos del primero, explicables por la época en que se elaboró. Nada se dice en el primero de esos códigos sobre los derechos de las personas así como sobre los Comités. Hay una mejora notoria en todo lo relativo a la asociación y la fundación y existe en general una marcada preferencia hacia lo espiritual, por encima de lo material. En Derecho de Familia hay una total y comprensible descoordinación entre el Código de 1936 con la Constitución de 1979 y luego con la de 1993. En el caso de las sucesiones se han salvado las deficiencias detectadas en el Código de 1936. En los derechos reales han habido pocos cambios respecto de ambos códigos y casualmente por eso ha funcionado una comisión en el Cenro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, que ha reestructurado totalmente el articulado, depurando las numerosas deficiencias advertidas y que venían del Código de 1936 e incorporando nuevas figuras como el desarrollo completo de la propiedad horizontal, vertical y mixta, la propiedad a tiempo compartido y la hipoteca popular. En Obligaciones, existen en el Código de 1984 correctivos y una mejor técnica en el articulado respecto a la contratación, hay una enorme diferencia entre ambos códigos a favor del de 1984, con la incorporación de nuevas figuras como son la excesiva onerosidad de la prestación; la lesión extendida a todos los contratos a título oneroso; la cesión de la posición contractual; las disposiciones sobre la contratación en masa; con los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación; los contratos preparatorios; el contrato por persona a nombrar; la clara distinción entre arras confirmatorias y arra de retractación; los contratos de suministro, hospedaje y secuestro; la distinción entre el apoderamiento y el mandato.

Se ha superado en 1984 la antigua descoordinación entre la usucapión y la prescripción extintiva; se ha separado del acto jurídico la reparación del daño extrapatrimonial; etc

Todos los abogados tienen desde la promulgación del Código Civil de 1984 un instrumento más moderno y práctico que el de 1936, cuyo tecnicismo excesivo lo había convertido en patrimonio exclusivo de unos cuantos y no llegaba, por ello, a las regiones del país con menor desarrollo jurídico.

¿Y qué decir de los estudiantes, los que se vienen preparando desde hace años con el Código vigente, si por azar tuviesen que utilizar un Código que ignoran, cual es el de 1936?

El Código Civil de 1984 es tan moderno y logrado que los grandes juristas extranjeros reunidos en este Congreso vienen recomendando que no hagamos muchas modificaciones al Código vigente, porque es muy bueno y se corre el riesgo de perder esa bondad introduciendo grandes cambios.

Según ellos sólo se debe reparar aquellos preceptos que adolecen de errores y contradicciones.

Respetando la generosa y valiosa recomendación de nuestros ilustres visitantes, me permito, en nombre de todos los juristas, viejos y jóvenes, ratificar nuestra decisión de no cesar en nuestro empeño de perfeccionar el Código y dejar sentadas las bases para el Código Civil del siglo XXI, haciendo honor a esa Escuela Peruana de Derecho Civil, surgida bajo la inspiración del maestro José León Barandiarán y continuada por sus discípulos -entre los cuales me encuentro- y por los jóvenes juristas que han surgido y siguen surgiendo como consecuencia inmediata de la dación del Código de 1984, así como de la humildad y vocación jurídica de los viejos maestros de hoy, que conservan su lozanía empujados positivamente por los jóvenes juristas. Ha dicho Carlos Fernández Sessarego y es cierto "que en toda la historia del Derecho Civil en el Perú no se han escrito y siguen escribiéndose tantos libros, monografías y artículos de esta disciplina" todo ello en épocas de crisis y obstáculos que por cierto no alientan la edición de obras jurídicas. Escuela no significa identidad en las ideas, sino por el contrario, diferencia de criterios, tesis y antitesis, concordancias y discrepancias, todo lo cual enriquece la literatura jurídica y evidencia que existe un movimiento que cultiva una disciplina tan amplia y compleja como lo es el Derecho Civil, partiendo de la premisa cierta que el Derecho es como un cuerpo vivo, en el que se reemplazan las células muertas por nuevas células, vitalizándolo constantemente; a diferencia de la ley, que es hasta cierto punto estática por naturaleza y perezosa cuando se trata de cambiarla.

La campaña contra el Código vigente nos lleva al recuerdo de esa estupenda película, "Parque Jurásico", llena de dinosaurios que existían en épocas pretéritas.

Pero utilizando una frase célebre, les decimos a los que prefieren un penoso retorno al absolutismo del Derecho y a las vetustas y superadas concepciones, que "No pasarán".

DERECHOS REALES: PROPUESTAS DE ENMIENDA

Víctor Guevara Pezo
Universidad Lima - UNIFE

INTRODUCCION (Criterios para analizar y redactar un Código)

La tarea de analizar con sentido crítico un Código, o más precisamente el Libro de un Código -que es lo que nos ha correspondido hacer a los miembros de la Comisión respecto del Libro V de nuestro Código Civil- obliga a establecer previamente ciertas definiciones conceptuales o criterios contra los cuales deben confrontarse los textos del Libro bajo examen, para determinar si éstos sirven o no con idoneidad a nuestros requerimientos normativos.

La primera predefinición a hacer es la que concierne al fin que se pretende alcanzar con el Código. Para unos éste debe ser únicamente un grupo de someras pautas de comportamiento, simplemente referenciales, dadas para facilitar un juego de derechos en clima de supuesta libertad, en un mercado de intereses al que concurran individuos dotados, de una presunta igualdad de oportunidades. Para otros debe, por el contrario, ser un conjunto de reglas rígidas e inflexibles que, sin conceder margen a la libre voluntad de los ciudadanos, satisfaga por el solo hecho de su rigurosa y estricta aplicación, la idea de bien colectivo y de orden social que para su pueblo tengan reservada los gobernantes.

Ninguna de esas dos posiciones es válida ni aceptable. La primera no lo es porque: 1) la vida social y el Derecho no pueden reducirse a la exclusiva condición de simples mercancías sometidas al juego de la oferta y la demanda; 2) ni los derechos más importantes del ser humano, los llamados personalísimos (a la vida, al honor, a la libertad y demás semejantes) ni los valores y recursos que hacen a la esencia y destino de los pueblos (tradición, costumbres, historia, recursos naturales esenciales, entorno ecológico) pueden constituir materia de tráfico mercantil; 3) las desigualdades graves y grandes, de todo género, que imperan en nuestro país, imposibilitan que exista real igualdad de oportunidades. Tampoco es válida la segunda posición, pues deja al arbitrario criterio de los gobernantes autocráticos -marginando el de los gobernados- la decisión sobre lo que más y mejor convenga a éstos.

Para nosotros un código debe necesariamente llevar el propósito de propiciar y permitir la realización plena de la persona y del bien común.

Esto -sobre todo en países de extremos contrastes sociales y económicos como el nuestro, en los que por ello no existe igualdad de oportunidades y es ilusoria la posibilidad del ejercicio libérrimo de derechos- implica que el Código y las leyes en general, reconociendo responsablemente las características del país, se encarguen de procurar dicha igualdad para garantizar que las relaciones jurídicas se lleven a cabo en verdadera libertad, satisfaciendo las necesidades materiales y espirituales de todos los ciudadanos y haciendo efectivo el cumplimiento de los valores jurídicos, entre los que debe primar el de la justicia.

Otra definición previa a la tarea de análisis a realizarse, es la que respecta a la forma como debe ser redactado el Código. Si debe serlo en lenguaje rigurosamente técnico, cuya lectura e interpretación obliguen al uso inevitable y complementario de consultas doctrinarias, accesible sólo a especialistas, como lo fue el Código de 1936; o si más bien, teniendo en cuenta las diversas realidades culturales del país, debe ser escrito en lenguaje técnico pero sencillo, accesible para los profesionales del derecho de todos los niveles, incluyendo definiciones que faciliten la conceptuación y aplicación de las instituciones jurídicas más importantes, como acertadamente lo fue el código de 1852, y lo es en gran medida el de 1984, salvo precisamente en los casos de omisiones y deficiencias del Libro V que analizamos.

En la preparación o evaluación de un código es también ciertamente útil comparar el texto bajo análisis con los de los Códigos considerados modelos, efectuando además las consiguientes consultas a la doctrina internacional. Sin embargo emplear este procedimiento sin haber establecido previamente las definiciones que anteceden -que son las que deben realmente proveer al Código de las características que se ajusten a las necesidades del país de que se trata- lleva el riesgo de elaborar códigos óptimos para otras realidades e inaplicables o inadecuados para la de uno.

El Libro V del Código requiere ser ampliado y mejorado. En gran medida, se ha quedado detenido en el tiempo -negándose a renovarse- aferrado a las instituciones de los años 20, en los que se debatió y preparó el Código de 1936. Llegamos a esta conclusión, luego de haberlo estudiado, cotejándolo con los avances de la doctrina y la legislación comparada y sin perder de vista las predefiniciones antes establecidas, que las adoptamos como necesario y realista marco conceptual. A continuación presentamos, en apretado compendio, una reseña de las propuestas formuladas por la Comisión que nos ha sido grato integrar.

CLASIFICACION DE BIENES

Diversas normas del Libro V y del Código en general hacen mención a las varias clases de bienes, determinando diferente aplicación para unas u otras. Sin embargo el Libro se limita a recoger como única la antigua

clasificación que distingue bienes muebles e inmuebles, dejando a la doctrina el cometido de establecer las demás clasificaciones y de definir las diversas clases contenidas en ellas. Como la doctrina no es siempre uniforme ni está provista de la precisión de las leyes, dada la importancia del asunto para las transacciones jurídicas, se propone introducir en la sección destinada a bienes la definición de cada una de las siguientes clases: fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles; divisibles y no divisibles; corporales y no corporales; en el comercio y fuera de el comercio; de particulares y del Estado, subclasificando esta última en bienes de dominio privado y bienes de dominio público y subdividiendo estos últimos en bienes de uso público y bienes afectados a una finalidad o servicio exclusivo del Estado. Se sugiere asimismo incluir en la sección de bienes una clasificación que diferencie los bienes en registrables y no registrables, subclasificando los primeros en registrados y no registrados; esta innovación es importante, pues de acuerdo a lo propuesto por la Comisión originaría, como veremos más adelante, importantes cambios y consecuencias tanto en el Libro como en todo el Código.

POSESION

Creemos que la actual definición de posesión, materia del art. 896 del Código, no corresponde a la naturaleza de esa institución pues de su texto se desprenden las dos siguientes afirmaciones, no exactas: 1) que la única diferencia que hay entre la posesión y la propiedad consiste simplemente en que mientras la primera es una relación de hecho, la segunda es un poder jurídico; y 2) que el poseedor podría, de hecho, ejercer eventualmente todos los poderes inherentes a la propiedad, incluso el de disposición del bien, lo cual no es cierto. Cabe recordar que dicha definición se deriva de la que de poseedor dio el Código de 1936, en su artículo 824, luego de un largo debate en el que finalmente primó la influencia y el deslumbramiento producidos por el entonces nuevo Código brasileño. Estamos sugiriendo una nueva definición de posesión que, sin remitirse a la de propiedad, describa aquel derecho por sus propios caracteres.

- A los efectos de regular la tradición ficta el art. 902 establece en el inc. 1) que la tradición también se considera realizada "cuando cambia el "**título**" posesorio de quien está poseyendo". Pero como esa multívoca expresión "**título**" puede ser entendida de diversos modos y como, entre tales, el empleado por el Libro es el que se refiere a fundamento o causa de un derecho, por ese texto sólo se admitiría tradición ficta en los casos de intervención proveniente de posesión legítima, excluyéndose indebidamente los originados de posesión ilegítima (por ejemplo el del precario que convenga en adquirir el bien poseído por él). Para comprender esta posibilidad proponemos reemplazar el vocablo "**titulo**" por el de "**calidad posesoria**".

PROPIEDAD

- El Libro V del Código (arts. 930 y 931) sigue considerando -como lo hacían el derecho romano y los códigos de 1852 y de 1936- que los animales de caza y peces son **res nullius.** A partir de tal condición desarrolla la prescripción de que "se adquieren por quien coge". Ignora así las disposiciones constitucionales que rigen desde 1933 e igualmente la legislación pesquera y la que preserva diversas especies de fauna costera, amazónica y andina, que establecen que dichos recursos son de propiedad de la Nación y que su adquisición se halla por tanto sometida a las regulaciones dadas para cada caso. A fin de adecuar las reglas del Código a esas normas y principios, estamos planteando sustituir los precitados artículos por otros que establezcan que, salvo en los casos de pesca y caza recreativa, deportiva o eventual, los animales de caza y peces deben ser adquiridos con sujeción a los requisitos de la ley especial que los rije.
- El Código actual sólo legisla los casos de especificación con materia ajena adquirida de buena fe, omitiendo regular los concernientes al usó con mala fe. Para reparar dicha omisión planteamos una disposición que le dé al propietario de la materia la opción de cobrarle al artífice el triple del valor de la materia o hacer suyo el objeto sin obligación de pago.
- Dado que por haberse derogado el art. 883 han quedado los fundos rústicos sujetos a las disposiciones del Código Civil, estamos proponiendo las correspondientes disposiciones que establezcan soluciones por accesión para los casos de abandono de cauce, cambio de cauce y formación de islas.
- Uno de los puntos más debatidos y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la trasmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella estuvimos de acuerdo en que el viejo sistema, todavía imperante, sustentado en el simple consentimiento, es imperfecto, tanto por inseguro como porque, en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones respecto de sus términos y alcances. Por mayoría, se ha acordado proponer una norma sustitutoria que -basada en la clasificación recién propuesta- establezca que la trasmisión de propiedad de los bienes registrados se efectúe por la inscripción de la transferencia; la de los registrables no registrados y la de los no registrables por la entrega o tradición. Personalmente debo confesar -como lo hice en las reuniones de la Comisión mi reserva, mi temor y mi preocupación por la solución planteada, que lejos de aportar mayor seguridad abriría posibilidades de riesgos más graves. En los hechos, desde el 11 de agosto de 1925 no ha cambiado la situación de los registros públicos del país, situación que en aquel entonces, en me-

dio del debate del Código de 1936 y cuando se discutía este mismo tema, obligó a Olaechea a expresar que "el sistema de transcripción aplicado a la manera legislativa alemana o a la manera brasileña es inoperante en el Perú, por ser impracticable ; a la fecha resulta inevitable repetir lo dicho por Olaechea y quizás cabría, más bien, añadir que en el tiempo transcurrido desde entonces los registros han crecido en vicios y en ineficacia. Para proponer el establecimiento de un sistema de trasmisión de propiedad basado en la inscripción registral - que,sin duda,sería lo óptimo- debemos antes impulsar y obtener el funcionamiento de um sistema registral rápido, sano y eficiente, basado en la existencia de un catastro confiable.

- Otro tema importante que el Libro V de nuestro actual Código ha excluído de su articulado -mediante fórmula de remisión- es el de la propiedad horizontal. Dado el hecho que, su uso es cada vez más generalizado y creciente su importancia jurídica, creemos que el Código debe incorporar normas esenciales sobre la misma, que las proponemos recogiendo el valioso aporte presentado por el Dr. Max Arias Schreiber.
- En lo que respecta a medianería hemos creído conveniente revisar algunos antiguos conceptos y normas. No creemos justo que deba otorgarse compulsivamente el derecho de compartir la propiedad de una pared medianera levantada por uno de los vecinos, generalmente el más esforzado y diligente, sin escuchar las razones que éste pudiera tener para oponerse. Planteamos por ello una norma adicional al art.995 que le permita formular motivadamente oposición ante el Juez. Estamos propiciando también se incluya una norma que prohiba renunciar a la medianería cuando exista necesidad de reparaciones o reconstrucciones debidas a actos de quien pretenda la renuncia.
- Finalmente, en cuanto a propiedad proponemos la inclusión de un capítulo que regule la propiedad a tiempo compartido, cuya inclusion afirmaría en el país esta nueva forma de aprovechamiento de los predios, que en otros países ha tenido acogida y ha dado buenos resultados.

USUFRUCTO

A pesar de los antiguos vaticinios que anunciaban su desaparición, el usufructo continúa siendo usado. Creemos que es, por tanto, necesario perfeccionar la normativa que lo ordena determinando que puede ser gratuito y oneroso y que puede ser además particular o universal. Debe también fijarse la obligación del usufructuario de efectuar las reparaciones que el bien requiera y de mantener las servidumbres con las que lo recibió.

Debe también ampliarse el cuasiusufructo -hoy limitado sólo al de di-

nero- para permitir que se constituya sobre cualesquier bienes consumibles.

USO Y HABITACION

La contribución de estos derechos a la vida jurídica puede ser mayor, si se da adecuada divulgación a su contenido y se otorga mayores garantías a los concedentes. Por esa razón estamos proponiendo las siguientes adiciones al escueto texto que actualmente los regula: 1) aclarar el concepto "familia" del usuario o habitacionista, en razón de que ésta también puede ser beneficiaria de los derechos. Dicha aclaración indicaría que por tal debe entenderse a todos quienes de modo permanente dependen económicamente de él, salvo pacto o disposición distinta; 2) exigencia de que se constituyan dichos derechos por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; 3) obligación del usuario y del habitacionista de pagar el mantenimiento, conservación y tributos correspondientes al bien, salvo pacto en contrario; 4) intrasmisibilidad e inembargabilidad de dichos derechos.

SUPERFICIE

Bajo la convicción de que el derecho de superficie puede también aportar mayor contribución a la solución de la escasez de vivienda y a la instalación de locales industriales y comerciales, consideramos que debe ser materia de una regulación más exhaustiva. Para formularla la Comisión ha realizado varias reuniones, en las que ha contado con la importante participación del Dr. Carlos Cárdenas Quirós. Del trabajo efectuado han salido las siguientes propuestas expresadas en nuevos artículos: 1) ampliar la definición del derecho de superficie que, en los actuales términos, es restrictiva y no recoge todas las facultades consideradas por la doctrina y la legislación comparada; 2) reducir el plazo máximo actual que es de 99 años -evidentemente excesivo- a 30 años; 3) establecer que su constitución debe constar en documento, bajo sanción de nulidad; 4) determinar taxativamente los aspectos que debe contener el título constitutivo; 5) enumerar los derechos y obligaciones tanto del propietario como del superficiario, incluyendo, entre otras prescripciones, que el superficiario podrá constituir usufructo, arrendamiento o comodato sobre parte o todo lo edificado materia de su derecho; 6) indicar que el propietario podrá hipotecar el suelo, sin que esa hipoteca se extienda al subsuelo o sobresuelo dados en superficie; 7) incorporar, conforme se ha hecho con los demás derechos reales, las causas de extinción del derecho de superficie adecuadas a la naturaleza de éste, aspecto que no se encuentra normado en la actualidad por el Código. La inclusión en el Código de las normas sugeridas debe fortalecer la condición promotora de inversiones del derecho de superficie.

SERVIDUMBRE

En lo que respecta a este derecho se propone las siguientes adiciones: 1) cubrir la actual ausencia de norma que establezca las formas de su constitución, disponiendo que las servidumbres no se presumen y que deben constituirse por ley, contrato, disposición testamentaria o usucapión en los casos que corresponda; 2) bajo la inspiración del art. 3008 del Código Civil argentino, determinar que la indivisibilidad de la servidumbre no impide que su ejercicio pueda ser limitado respecto a lugar, tiempo o modo; 3) permitir la constitución de servidumbres para asegurar ventaja futura a un predio así como la constitución de servidumbres en beneficio de edificio por construir o de fundo por adquirir; 4) incluir el derecho de paso para abrevar ganado, incorporación que resulta impuesta por la ya antes mencionada derogación del art. 883 del Código; 5) establecer con precisión las causas de extinción de las servidumbres, cuestión no legislada por el Código.

DERECHOS REALES DE GARANTIA

La Comisión propone una modificación fundamental basada en la clasificación de bienes registrables y no registrables, cuya instauración también se sugiere. Consiste en que la prenda se constituiría en el futuro sobre los bienes no registrables y registrables no registrados, y la hipoteca sobre los registrados, sin consideración a su calificación de muebles o inmuebles. Ante un cambio tan importante que significaría variación de instituciones, conceptos y tradiciones secularmente arraigados, debo nuevamente expresar mi personal reserva, no sólo por esas razones de tradición -que, como sabemos, tienen importancia grande para el derecho- sino por las ya antes expresadas, referentes a la situación de los registros públicos del país.

prenda

Se propone las siguientes nuevas normas para mejorar la regulación de la prenda: 1) dado que el Código no contiene disposiciones que aseguren el principio de especialidad de la prenda, se incluye un artículo que entre otros requisitos establezca que dicho gravamen debe asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable y ser por cantidad también determinada o determinable; 2) que se constituya por escritura pública o por documento privado legalizado por notario; 3) para el caso de las prendas sucesivas, se establece la exigencia de que el depositario inicial consienta expresamente en tener el bien para los acreedores siguientes al primero; 4) se amplía el actual concepto de prenda sobre créditos y títulos valores al de prenda sobre derechos y prenda dineraria, que cubre área más vasta; 5) describir los caracteres de la prenda regular y la irregular de dinero, estableciendo los derechos y deberes que corresponde

en ellos a deudor y acreedor.

Hipoteca

- Ha quedado para más amplia y profunda discusión el tema de las hipotecas que puedan garantizar obligaciones futuras o eventuales.
- Entre las causales de extinción de la hipoteca se está proponiendo incluir la del transcurso de 10 años, sin renovación de la inscripción. Esto para evitar que la inacción del acreedor -por malicia o indiferencia- pueda perjudicar al deudor.
- Se propone la inclusión de una normativa especial sobre hipoteca posesoria. Destacada participación tuvo en este tema la Dra. María Murillo, autora de la propuesta.

Anticresis

La propuesta de enmiendas mantiene este derecho, cuya abolición se planteó en años anteriores pretendiendo desconocer su difundido uso en varias zonas del país. Como adición al articulado que lo norma, se plantea que, salvo pacto en contrario, sea intuito personae. Ello porque la entrega del inmueble en garantía de la deuda, para que lo explote el acreedor y se pague con los frutos, se da generalmente en atención a la condición industriosa de éste.

Derecho de Retención

Estamos sugiriendo artículos que incorporen las siguientes modificaciones o adiciones: 1) determinación de los bienes que pueden ser y de los que no pueden ser materia del derecho de retención; 2) prohibición al retenedor de usar el bien, salvo consentimiento del deudor; 3) derecho del propietario del bien retenido sobre los frutos que puedan obtenerse; 4) obligación del retenedor de cuidar diligentemente el bien; 5) responsabilidad del retenedor en caso de abuso o pérdida del bien; 6) facultad del retenedor de pedir judicialmente la venta del bien en caso de que éste sea corruptible; 7) enumeración de las causales de extinción del derecho.

Como puede apreciarse de la reseña que antecede -que sólo consigna lo más saltante de nuestra propuesta- muchas son las mejoras y cambios que sugerimos para el Libro V (de los Derechos Reales) del Código. Tal abundancia proviene del exámen realizado bajo las consideraciones indicadas en la Introducción, que ha permitido constatar la exiguidad de dicho Libro. Ha sido un trabajo de equipo bajo la presidencia experta y prudente del Dr. Max Arias Schreiber y la activa intervención de los integrantes de la Comisión constituída por las Dras. Maria Murillo, Lucy Henderson, Katherine Christopherson y los Drs. Juan García Montúfar, Ronald Cárdenas, Jorge Vega y Jorge Cantuarias.

EL NUMERUS CLAUSUS EN LOS DERECHOS REALES

Jorge Horacio Alterini
Universidad de Buenos Aires

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

El sistema del número cerrado en los derechos reales responde a la inspiración del derecho romano, que los reconocía sólo en número limitado y escaso, estructurados exclusivamente por la ley. Es exacto, como lo señala Eugène Petit, que "las legislaciones modernas no han aumentado su lista, quedando, sobre poco más o menos, los mismos que había en derecho romano" (1).

El derecho germánico histórico, por el contrario, se pronunció por la multiplicación de los derechos reales, pues permitía que a través de la "gewere" o investidura, cualquier obligación referida a una cosa determinada alcanzara efecto real, en particular en el derecho territorial prusiano (2).

Los regímenes romano y germánico confluyeron en la Edad Media, con nítido desvanecimiento del sistema jurídico romano.

La simplicidad y certeza romana en materia de derechos reales, tuvo como contrapartida la multiplicidad y confusión propios del régimen inmobiliario medieval. El pandemónium propio del medioevo es descripto con elocuencia por José Luis Lacruz Berdejo, cuando alude a "la pluralidad de regímenes (nobles, plebeyos, siervos de la gleba; dominio directo y útil, etc.) y el entrelazamiento y multiplicidad de los derechos de los diversos titulares. Era frecuente, entonces, que la posición jurídica del "propietario" de la tierra se hallase limitada y desvalorizada por múltiples derechos del señor; acaso había de reparar los caminos; entregar al señor una parte de los frutos o algunos animales de su granja; cocer su pan en el horno del señor; comprarle la sal; soportar derechos de caza, de pastos, de leñar, de pesca, de paso...A veces, había varios dueños sucesivos, desde el cultivador hasta el príncipe. Esta estructura de los derechos sobre las cosas fraccionaba el goce económico de los bienes al distribuir las rentas

---

(1) "Tratado elemental de derecho romano", traducido de la novena edición francesa y anotado por José FERNANDEZ GONZALES, Bs. As. 1961, núm.147, pág. 239.

(2) ver Martín WOLFF, "Derecho de cosas", en "Tratado de derecho civil" de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, traducción de la 32ª edición alemana por Blas PEREZ GONZALES y José ALGUER, Volumen primero, Barcelona, 1951, pág. 7.

conseguidas con el trabajo y el capital de un único empresario entre una pluralidad de titulares de dudosa legitimación, al par que desanimaba la iniciativa productiva del empresario agrícola y el tráfico de los bienes, tanto a causa de la incertidumbre de los derechos como de la certeza de no obtener el dueño inferior para si el resultado total de su esfuerzo" (3).

II. ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO COMPARADO

El régimen medieval en materia inmobiliaria, ya en decadencia por entonces, fue abandonado con el nuevo estado de cosas desatado por la Revolución Francesa (1789), pues se liberó a la tierra de las cargas que la gravaban (4). Se concentró en un único sujeto, el propietario, tanto el poder de gestión económica como el aprovechamiento de los bienes (5).

Sin embargo, el Código Civil Francés de 1804 no fue claro en cuanto al tema del número cerrado de los derechos reales. Tanto que entre los primeros intérpretes era generalizada, la convicción de que había adoptado el "numerus apertus", con la importante disidencia de Demolombe, cuya opinión rescata y hace suya el codificador argentino, Don Dalmacio Vélez Sársfield, en la anotación al art. 2502 de su Código Civil, en vigor desde 1871. La tendencia posterior se inclinó por la existencia del "numerus clausus" (6).

Es particularmente importante la adhesión al régimen del númerus clausus del Código Alemán, pues los ya mencionados derechos territoriales germánicos optaron por la postura opuesta (7).

La doctrina italiana considera que el Código Civil de 1942 se decidió por el número cerrado. Pese a la ausencia de norma expresa al respecto, con mayor razón frente a la supresión de alguna liberalidad en la organización de los derechos reales que se advertía en el Código de 1865 (8).

---

(3) "Elementos de derecho civil", T. III, "Derechos reales", Volumen primero, Barcelona, 1979, pags. 15/16.

(4) ver Edmundo GATTI y Jorge Horacio ALTERINI, "El derecho real. Elementos para una teoría general", Bs. As., 1976, pág. 78.

(5) ver LACRUZ BERDEJO, op. cit., pág. 16.

(6) ver Louis JOSSERAND, "Derecho civil", revisado y completado por André BRUN, traducción de Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROLA, T. I, Vol. III, Bs. As., 1950, num. 1337, pag. 20; Alex WEILL, "Droit civil les biens" deuxième édition, Paris, 1974; núms. 9 y 10, págs. 10 a 14; Henri, LEON et Jean MAZEAUD et François CHABAS, "Lecons de droit civil", T. II, deuxieme volume, "Biens", 8a édition, por François CHABAS, Paris, 1994, pag. 4, núm. 1287; Philippe MALAURIE et Laurent Aynes, "Cours de droit civil", T. IV, "Les biens", Paris, 1994, págs. 85/89, núms. 355 a 361.

(7) ver WOLFF, op. y loc. cit. y J. W. HEDEMANN, "Derechos reales", Vol. II, versión española y notas de José Luis PASTOR y Manuel GONZALEZ ENRIQUE, Madrid, 1955, pág. 32.

(8) ver Francesco MESSINEO, "Manual de derecho civil y comercial", traducción de Santiago SENTIS MELENDO, T. III, Bs. As., 1954, págs. 440/441; Marco COMPORTI, "Diritto reale en generale", en "Trattato di Diritto Civile e Commerciale, bajo la dirección de Antonio CICU y Francesco MESSINEO. Volumen VIII, t. I. Milano, 1980, págs. 201 y sgts.

Es destacable, también, el claro pronunciamiento en favor del "numerus clausus" del Código Civil Portugués de 1966, cuyo art. 1306 establece en su primer párrafo: "No esta permitida la constitución, con carácter real, de restricciones al derecho de propiedad o de figuras desmembradas de este derecho, sino en los casos previstos en la ley; toda restricción resultante de negocio jurídico que no se encuentre en estas condiciones, tiene naturaleza obligacional".

Tradicionalmente se ha enrolado al derecho español en el sistema del número abierto. Si bien el Código Civil no fija ningún criterio, fundamentalmente porque la legislación hipotecaria permite registrar, aparte de los derechos reales regulados especialmente, "cualesquiera otros derechos reales", se afirma que adoptó el "numerus apertus" (9). En ese sentido es contundente Juan Ossorio Morales, cuando puntualiza: "aunque desde el punto de vista del derecho constituyente sea preferible y técnicamente más perfecto el sistema del numerus clausus -que tácitamente siguen las legislaciones más progresivas, como son la alemana y la suiza (y de un modo terminante el Código Civil Argentino)-, hay que reconocer que nuestro Derecho vigente consagra en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad" (10).

Manuel Albadalejo García pone énfasis en que el criterio del numerus apertus debe ser aceptado en el derecho español vigente y en que también es preferible en abstracto, opinión sobre la cual volveremos posteriormente (11).

En postura antitética, Castán Tobeñas sostiene que es indudable la conveniencia de adoptar el numerus clausus: "El sistema limitativo es el más conforme con la naturaleza del derecho real y los intereses de los terceros" (12). También Diego Espín Canovas, que de lege lata advierte en el derecho español el número abierto, afirma "la conveniencia de orientar la legislación española hacia el sistema de numerus clausus..." (13).

De las diversas matizaciones que sobre la cuestión realiza Luis Diez-Picazo, rescato las que transcribiré a continuación. Dice: "...un negocio jurídico concreto deberá interpretarse como creador de un derecho real, cuando el intento empírico de las partes coincida con la función objetiva

---

(9) ver José CASTAN TOBEÑAS, "Derecho civil español, común y foral", T. segundo "Derecho de cosas", Vol. primero, 11a edición, Madrid, 1978, pág. 73; José PUIG BRUTAU, "Fundamentos de derecho civil", T. III, segunda edición, Vol. I, Barcelona, 1971, págs. 35 y sgts.

(10) "Las servidumbres personales -Ensayo de sistematización-", 1ª edición, Madrid, 1936, pág. 88.

(11) "Instituciones del derecho civil. Derecho de cosas", Barcelona, 1964, pág. 30.

(12) op. cit., págs. 73 y sgts.

(13) "Manual de derecho civil español", quinta edición, Vol II-Derechos reales, Madrid, 1975, pág. 11.

de un derecho real típico y que sólo se deberá excluir el carácter real del derecho constituido cuando así permita entenderlo la voluntad de las partes. Por ejemplo, si se constituye un usufructo, deberemos entender que se trata de un típico derecho real de usufructo, a menos que otra sea la voluntad de las partes de configurar el usufructo como relación obligatoria. En cambio, si se trata de una figura atípica, parece que el criterio hermenéutico debe ser cabalmente el contrario. Por regla general, la figura atípica deberá considerarse como meramente obligacional y sólo si se dan los requisitos necesarios para ello, podrá entenderse que constituye un derecho real". Reflexiona luego: "En materia de derechos reales de garantía, nos parece acertada la opinión de Dekkers. En los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el **numerus clausus**. Y ello por la fundamental razón de que los derechos reales de garantía entrañan un derecho de realización del valor, y, sobre todo una suerte de privilegio o de prelación, que tienen por ello carácter excepcional, ya que suponen una particular derogación del principio de **par conditio creditorum.** Ello explica que la jurisprudencia registral, que acaso en materia de derechos de disfrute ha registrado una mayor perplejidad, ha sido siempre constante en delegar aquellos pactos de constitución de garantías, a los que se pretendía dar efectos reales, fuera del marco establecido por la ley (por ejemplo, renta vitalicia garantizada con el inmueble)." (14).

Es interesante significar que los sistemas jurídicos escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia), alejados de la influencia del derecho romano, son exhibidos como un ejemplo claro de la recepción del "numerus apertus" (15).

En cuanto al derecho iberoamericano, ya los primeros Códigos se decidieron por el número cerrado. Así el Código Civil Chileno de 1855, al enunciar en el art. 577 segundo párrafo los institutos que "Son derechos reales..."

El Código Civil Argentino de 1871 se inclinó por el "numerus clausus" con llamativa nitidez. Expresa el art. 2502:

"Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituye en otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". La convicción de Vélez es profunda, como lo exhibe su extensa anotación al art. 2502, donde expone como idea central que: "La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades..."

---

(14) Fundamentos del derecho civil patrimonial", Vol. segundo, Madrid, 1978, en págs. 88 y 102.

(15) ver Orlando GOMES, "Direitos reais", 10ª edición Río de Janeiro, 1988, pág. 381.

Si bien, como ya lo recordé, Vélez Sarsfield con diáfana visión tuvo el mérito de seguir la corriente por entonces minoritaria en Francia, con cita expresa en ese sentido de Demolombe, no puede obscurecerse la gravitación que en esa decisión debió tener su más esclarecido mentor: el Esbozo de Augusto Teixeira de Freitas. El jurista brasileño previó en el art. 3703 de ese ordenamiento: "A ningún derecho se atribuirá el carácter de **derecho real** (art. 19º fuera de las especies designadas en este Título, y en la forma por la cual en este libro queda reglada cada una de ellas". Concordantemente, dispuso en el art. 3707: "Se juzgará como no escrita, a efecto de que tenga valor tan sólo como constitutiva de **derechos personales** (art. 19), si por tal pudiere valer, toda estipulación o disposición de última voluntad, que constituya otros **derechos reales,** o que modifique los permitidos en contrario de las disposiciones que los reglan".

El criterio de Freitas perdura en el vigente Código Civil Brasileño de 1916, aunque con la mera formula del art. 674, que preceptúa: "Son derechos reales...".

En el Paraguay se aplicó el Código Civil Argentino hasta que entrara en vigor el 1º de enero de 1987 el Código Civil Paraguayo, que a través del art. 1953 recoge el ya reproducido art. 2502 del Código Argentino, con mínimas modificaciones expresivas. El valioso Anteproyecto de Código Civil Paraguayo de 1964, elaborado por el eminente jurista desaparecido, Luis De Gásperi, también había incorporado un texto casi idéntico en el art. 2568. Fundamentó su propuesta en que: "Los derechos reales no pueden ser creados por la voluntad arbitraria del hombre porque consistiendo la propiedad en el dominio de un individuo sobre la naturaleza no libre, de la que todos los **jura in re** no son sino desprendimientos, mal podría ser ejercida fuera de un estatuto legal regulador de su limitación sin exponerse a colisiones perturbadoras de la paz social" (16).

III. POSTURA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El Código Civil Peruano de 1984 recoge en el art. 881 el principio del "numerus clausus" o número cerrado de los derechos reales, cuando expresa: "Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes".

La ubicación metodológica es la correcta, porque se trata de la primera de las normas que contiene el Libro V destinado a los derechos reales, concretamente en la Sección Primera de ese Libro, que se ocupa de las "Disposiciones generales" atinentes a esos derechos.

Por el contrario, era cuestionable el emplazamiento de análoga regla en el art. 852 "in principium" del Código de 1936, pues si bien ese precepto se vertía en el Libro V, titulado: "De los derechos reales", aparecía en el

(16) "Anteproyecto de Código Civil", Asunción, 1964, pág. 800, en su anotación al Art. 2568.

Título I: "Disposiciones generales", de la Sección Tercera: "De la propiedad", o sea como disposición general atingente a la principal manifestación de los derechos reales, pero en definitiva sólo una de sus modalidades: la propiedad. No era feliz incorporar un principio general, que como tal alcanza a todos los derechos reales, al regular una de sus especies.

Más allá del reparo metodológico, la formulación del referido art. 852º era contundente: "Por los actos jurídicos sólo pueden establecerse los derechos reales reconocidos en este Código". Luce como diferencia esencial con el art. 881 vigente, la circunstancia de que este último abarca como derechos reales tanto a los contenidos en el Código (argumento "en este Libro"), como a los regulados por "otras leyes", mientras que el art. 852º del Código derogado, era explícito en limitar la comprensión a los "reconocidos en este Código", o sea a los previstos en el anterior Código Civil.

La solución integradora del actual art. 881 es ineludible ante la existencia de legislación especial que estructura derechos reales distintos de los organizados por el Código Civil, como el muy significativo de la propiedad horizontal, que continúa regido por el Decreto-Ley Nº 22112, alternativa que se ha calificado como "lamentable" [17]. De tal reproche no era pasible el Código de 1936, que aunque de manera excesivamente escueta, se ocupaba de la llamada propiedad horizontal en los arts. 855 a 857. El art. 958 vigente se concreta a remitir a la legislación particular, al disponer: "La propiedad horizontal se rige por la legislación de la materia".

La concepción del "numerus clausus" fue aceptada con beneplácito por la doctrina peruana, tanto en aportes vinculados con el Código de 1936 [18], como en los originados por el nuevo Código (Alberto Vásquez Ríos, "Los derechos reales", T. I, Lima, 1991, págs. 27/28).

IV. ALCANCES DEL NUMERO CERRADO EN EL CODIGO PERUANO

El análisis del articulado del Código Peruano, muestra la concurrencia de normas, unas, que como se infiere de su propia literalidad resultan de orden público y otras, que admiten que puedan ser dejadas de lado por la manifestación de voluntad en contrario expresada en el título constitutivo.

Son dos planos normativos que es menester distinguir. En ciertos supuestos las normas son de aquéllas que calificamos como **estatutarias,** porque descartan el pacto en contrario. Se configura además otro plano,

---

(17) Fernando VIDAL RAMIREZ, en su Nota Preliminar a la Edición Oficial del Código Civil, editada por el Ministerio de Justicia, Conmemorativa del Décimo Aniversario, Lima, 1994, pág. 50.

(18) Eleodoro ROMERO ROMAÑA, "Derecho civil. Los derechos reales", segunda edición, Primer Tomo, Perú, s-f, pág. 119.

integrado por normas que denominamos **reglamentarias**, porque excluyen la voluntad opuesta [19].

Sin duda el art. 882º es imperativo o estatutario, cuando postula: "No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita". Otra resonancia de la imperatividad es la del art. 925: "Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico".

Es reglamentario el art. 964, que establece: "El propietario no puede hacer que las aguas correspondientes al predio discurran en los predios vecinos", pues deja a "salvo pacto distinto". De la misma manera, la obligación de los copropietarios de acceder a la partición de la copropiedad, "cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera la pida", según lo prevé el art. 984, tiene como una de sus cortapisas lo pactado en "acto jurídico". A su tiempo, el art. 993 delimita el juego de la voluntad de los copropietarios para acordar la indivisión, al indicar en su primer párrafo: "Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de cuatro años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente".

La intensidad de la incidencia del orden público en el usufructo genera incertidumbres. Con relación al plazo del usufructo constituido en favor de una persona jurídica, el art. 1001 norma en su primer párrafo, con sentido imperativo, que "no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste". Ese mismo artículo dispone en su segundo párrafo: "Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventinueve años".

Siempre en el usufructo, otras normas se presentan como simplemente reglamentarias, pues luego de sentar la directiva legal, habilitan a que pueda prescindirse de ella. El art. 1002 decide: "El usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración...", hace la salvedad de que ello es así "siempre que no haya prohibición expresa". La obligación impuesta al usufructuario de hacer inventario y tasación de los bienes muebles, también es reglamentaria, pues rige "salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenía heredero forzoso".

En cuanto a las normas que no son expresas sobre su condición estatutaria o reglamentaria, en principio podría pensarse que revisten carácter estatutario. No obstante, el art. 1005 introduce incertidumbre sobre

---

(19) sobre la terminología de normas estatutarias y reglamentarias, ver Jorge Joaquín LLAMBIAS y Jorge Horacio ALTERINI, "Código Civil Anotado, T.IV-A, Derechos reales, Bs. As., 1981, págs. 279 y sgts., en glosa al art. 2502.

los alcances del marco legal, pues preceptúa: "Los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, no estando previstos en éste, por las disposiciones del presente título". Dada la generalidad del texto, podría sostenerse que todas las previsiones legales para el usufructo son simplemente reglamentarias, pues si los "efectos" están previstos en el acto constitutivo se rigen por éste, ya que las normas serían subsidiarias de un pacto en contrario. La generalidad del vocablo "efectos", que apunta a consecuencias, resultados, etc., da pie para sustentar la opinión enunciada, contradictoria con el supuesto sentido estatutario de las normas que lo organizan.

Cuestión semejante se reproduce en los derechos reales de uso y de habitación. Con cualquier visión del tema, no son dudosas las implicancias estatutarias del art. 1029, que reza: "Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación". Por contraposición, es reglamentario el art. 1028: "Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta". Sin embargo, el art. 1026 remite a "las disposiciones del título anterior, en cuanto sean aplicables", o sea las del título destinado al usufructo, y allí aparece el antes meritado art. 1005, que habilitaría al "acto constitutivo" a regular los "efectos" de estos institutos de manera distinta a la regulación legal.

En lo atingente a la superficie, el art. 1030 en su segundo párrafo, a continuación de una norma nítidamente estatutaria, la que impide que pueda "durar más de noventinueve años", introduce otra reglamentaria: "A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto". También es reglamentario al art. 1031, cuando establece: "Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa".

Con referencia a las servidumbres, el contexto de algunos artículos denota su carácter reglamentario. Luego de regular que las "servidumbres son perpetuas", deja a salvo disposición legal "o pacto en contrario". También el art. 1044, que si bien prevé que "el propietario del predio dominante hará a su costo las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre...", tal solución se aplica a falta de disposición legal "o pacto en contrario". Es sostenible a tenor del primer párrafo del art. 1043, que todo el régimen legal de las servidumbres es reglamentario, o sea supletorio de una voluntad en contrario. Con amplia comprensión, regla: "la extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este Código". Es innecesario advertir la amplitud de los conceptos "extensión" y "demás condiciones", que patentizan que toda la dinámica de las servidumbres puede quedar sometida al "título de su constitución", aunque éste la ordene de manera distinta a la ley, reducida a una aplicación subsidiaria.

En el ámbito de la prenda se individualiza como norma evidentemente estatutaria la del art. 1066, que proclama la nulidad del denominado pacto comisorio en estos términos: "Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario". El art. 1069 contiene una norma reglamentaria al sostener que el acreedor prendario "puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías...". También es reglamentaria la previsión del art. 1077 para la prenda de bienes fructíferos que le reconoce al acreedor, "salvo pacto en contrario o disposición de la ley", "la facultad de hacer suyos los frutos imputándolos primero a los intereses y gastos y después al capital".

En la anticresis se determina que el contrato constitutivo "se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad.. ", con lo que le imprime a la forma carácter estatutario. El art. 1096 dice: "Son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título". De tal suerte, los distintos preceptos específicos de la ley , que, por disposición explícita, se destacaron en la prenda, ya como estatutarios o reglamentarios, se extienden a la anticresis. De ese modo puede entenderse que la imputación de la renta del inmueble que realiza el art. 1093, puede modificarse por pacto en contrario, como lo resuelve el art. 1077 para la prenda de bienes fructíferos.

En materia de hipoteca, se incluyen diversos textos que expresamente encuadran como estatuarios. Según el art. 1098: "La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley", lo que revela que sólo la ley puede prescindir de la forma impuesta. En virtud del art. 1105: "No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros". A tenor del art. 1111, tampoco aquí es válido el pacto comisorio: "Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario". Por el art. 1113: "No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas". Norma indudablemente reglamentaria es la del art. 1101 sobre la extensión de la hipoteca: "La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto".

En el derecho de retención, que es tratado como derecho real, el art. 1130, con perfil estatutario, insiste en la nulidad del pacto comisorio: "Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario".

V. DETERMINACION DE SI LAS NORMAS SON ESTATUTARIAS O REGLAMENTARIAS CUANDO NO HAY SOLUCION LEGAL EXPLICITA

Cuando la norma legal contiene indicaciones expresas de su carácter estatutario o reglamentario, como las que vimos en el apartado IV, el intérprete encuentra facilitada su conclusión. Sin embargo, lo común es que los preceptos legales no definan por sí mismos si son o no imperativos.

En los supuestos de carencia de pauta legal concreta, con directivas pensadas para el derecho argentino, pero aplicables "mutatis mutandi" también para el peruano, me he decidido por encuadrar por regla como **estatutarias,** es decir **imperativas o de orden público,** las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales (nómina), los alcances de sus contenidos (esencias), los sujetos, el objeto y las causas de constitución, modificación, transferencia o extinción [(20)].

Es cierto que en el Código Peruano, a diferencia de otros como el Argentino o el Paraguayo (que responden al Esbozo de Freitas -ver supra II), no existe mención legal expresa que impida "modificar" los derechos reales previstos por el legislador. Pero, no es menester abundar en el análisis para comprender una verdad de toda evidencia: si se pudieran "modificar" los derechos reales en los aspectos esenciales indicados, se conformarían nuevos derechos reales bajo la hipócrita designación que le atribuye la ley al tipo legal modificado. Mutar el contenido de un derecho real o cambiar sus sujetos, el objeto o las causas de constitución, modificación, transferencia o extinción, importa tanto como configurar otro derecho real, disimulado por la coincidencia de su designación con la adoptada por la ley en la nómina de los derechos reales que enuncia.

Insistimos en que los lineamientos expuestos son aplicables en el derecho peruano, si bien las previsiones meritadas en el punto IV del art. 1005 para el usufructo, del art. 1043 para las servidumbres y la extensión de las pautas del primero también para el uso y la habitación (art. 1026), podrían llevar a pensar que en esos derechos reales la ley es supletoria del acto o título constitutivo y que quedaría circunscripta a una función reglamentaria en subsidio de la voluntad.

VI. VALORACION DEL NUMERUS CLAUSUS

Vélez Sársfield ha puesto énfasis en la importancia política, económica y social del régimen de los derechos reales, que explica la dominante incidencia de la noción de orden público. En ese sentido expresó en su nota al art. 2828 del Código Civil Argentino, que "la naturaleza de los derechos reales en general,... está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particu-

(20) Ver LLAMBIAS-ALTERINI, op. y loc. cit.

lares".

Es poco discutible que en cuanto a las implicancias del orden público, la organización de los derechos reales tiene mayor semejanza con el derecho de familia que con el de las obligaciones y los contratos. Los derechos de familia y los reales están regulados con la mira puesta en intereses superiores a los meramente particulares. Los derechos creditorios, sometidos al principio de la autonomía de la voluntad, son extraños por regla a la idea del orden público, la que obra tan solo como un vallado que impide los desvíos en la autorregulación de los intereses.

Es innegable la importancia de los derechos reales para la afirmación de la persona de sus titulares. Se ha dicho, con lúcidas palabras, que así como la tan conocida expresión de Descartes: "pienso, luego existo", implica la afirmación filosófica del ser, la afirmación práctica del ser se traduce en la expresión: "poseo, luego soy". Cuando alguien manifiesta: "esto es mío", afirma su yo con respecto al de los demás [(21)].

Pero que los derechos reales expresen la personalidad del titular, afirmen su ser en la práctica, identifiquen su yo frente al de los restantes integrantes de la comunidad, no determina que deban quedar inmersos en la soberanía de la voluntad. Precisamente porque en la comunidad coexisten múltiples afirmaciones prácticas del ser a través de los derechos reales, y los acuerdos de partes respecto de ellos tienen como rasgo especial el gravitar sobre terceros extraños al pacto [(22)], parece evidente la necesidad de atender a la ordenada convivencia y al esencial respeto de los terceros. El legislador no debe desatender su misión esencial de regular los derechos reales, para afrontar una realidad, que, extraviada, puede ser fuente de múltiples situaciones conflictivas para el bien común.

No se trata de cegar las fuerzas creadoras de la voluntad individual, sino de procurar que ellas armonicen con el interés general, que no consiente el desorden en ámbito tan básico para el destino de una sociedad. Como dijera Rudolf Von Ihering, "la regla **cada uno existe para otro** se extiende por toda la humanidad..." La misión que debe cumplir un pueblo civilizado, para la cual debe regular todos sus organismos, consiste en hacer productivos para otro, y con esto directamente para sí mismo, el trabajo y la inteligencia de cada individuo; en poner toda su fuerza al servicio de la humanidad" [(23)].

José Puig Brutau, reflexiona para el derecho español: "Sin duda en nuestro Derecho hay que considerar que la legislación no dispone los derechos reales en serie cerrada, pero que la posible creación de nuevos de-

---

(21) ver Luis RIGAUD, "El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional", traducción del original en francés de J. R. XIRAU, Madrid, 1928, pág. 256.

(22) conf. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 73.

(23) "El fin en el derecho", Bs. As., 1960, págs. 48.

rechos de esta clase tropieza con límites institucionales bastante rigurosos" (24). Efectivamente, la praxis en los países en los cuales se admite el número abierto, demuestra que es relativa la posibilidad de crear otros derechos reales distintos de los moldeados por la ley y quizás el margen de libertad se utilice para introducirles ciertas particularidades (25).

Albaladejo García, que tanto se esfuerza por difundir su convicción acerca de la aceptación por el derecho hispano del numerus apertus y de su conveniencia en abstracto, reconoce que es "difícil crear figuras absolutamente nuevas de derecho real...dado que las existentes abarcan de hecho los poderes que se usan sobre las cosas..." y paradójicamente hasta llega a afirmar que la alternativa de que se usen nada más que aquellos derechos reales, "será, sin duda, una cosa deseable" (26).

Atribuir a la autonomía de la voluntad la superlativa facultad de alumbrar derechos reales distintos de los previstos por el legislador o modificar significativamente sus contenidos, importa una visión decimonónica incompatible con los nuevos tiempos del Derecho.

Si hasta en el ámbito exclusivamente contractual, el Código Civil Peruano ha fijado límites a la libertad, a través del cortejo de normas contenido en los arts. 1354 a 1357, con mayor razón debe acentuarse la imperatividad para los derechos reales.

El sistema del numerus clausus entra en crisis tanto con el paroxismo de la perspectiva voluntarista, como también con la creación legal descontrolada de múltiples nuevos derechos reales. Por ello es elogiable la prudencia mostrada por el Código Peruano, al aumentar el catálogo únicamente con el derecho real de superficie, figura inexcusable en los países más desarrollados o que anhelan serlo.

El penoso espectáculo de la inflación legislativa, que tanto preocupaba a Carnelutti, sería todavía más lamentable si se adueñara de los derechos reales. Sólo un estudioso distraído podría ignorar la importancia de la coincidencia mostrada por grandes pensadores de la humanidad. Descartes apreció que los países más evolucionados tenían menos leyes, Tácito previno que cuanto más corrompido es el Estado, más numerosas son las leyes y Santo Tomás Moro en su "Utopía", tantas veces explicada como producto del deslumbramiento de los europeos al encontrarse su cultura en América con la indígena, advirtió la existencia de pocas leyes en los admirados pueblos utópicos.

---

(24) op. cit., págs. 35/36

(25) ver GATTI-ALTERINI, op. cit., págs. 80.

(26) Ver op. cit., págs. 29/30.

DERECHOS REALES : COMENTARIOS A LAS PROPUESTAS DE ENMIENDA

José María Miquel Gonzáles

Es un verdadero placer participar en este Congreso sobre el Código Civil Peruano, porque me permite conocerlo con detenimiento y también compartir unas jornadas sumamente agradables con distinguidos colegas peruanos y extranjeros. Quiero expresar mi profundo agradecimiento por el honor que se me hace al invitarme a participar en este Congreso y también quiero agradecer la hospitalidad tan calidad, tan simpática de los peruanos.

El tema sobre el que versa mi exposición no puede ser, obviamente, todo el libro de derechos reales, porque comprende más de trescientos artículos. Solamente voy a centrarme en algunos temas básicos, escogiendo la posesión como eje de mi conferencia.

Pero antes de entrar en el estudio de esta figura quiero felicitar a los miembros de la comisión por la labor realizada, porque demuestra una gran dedicación y preparación y les augura no solamente éxitos muy próximos, sino también una constante proyección de los mismos en el futuro.

Se ha realizado un trabajo importante y necesario. Se han introducido en este libro títulos como relativos a la propiedad horizontal y vertical, así como un capítulo sobre la propiedad a tiempo compartido. Por todo ello, repito mi felicitación y muy especialmente al Director de esta escuela de Derecho Civil peruana, que tantos frutos está dando, Profesor Fernández Sessarego.

La materia de los Derechos Reales es muy importante dentro del Derecho Civil patrimonial, porque tiene por objeto la atribución de los bienes a los sujetos de derecho, y esta atribución tiene gran trascendencia, no solamente en el ámbito del Derecho Civil, sino también en otras materias, como por ejemplo, el Derecho Tributario. Mediante las normas referentes a los derechos reales se señalas las esferas jurídicas de los sujetos en relación con los bienes.

Ahora bien, ésta atribución o asignación de los bienes a los sujetos de derecho se produce en dos planos o momentos diversos. El ordenamiento jurídico consagra la asignación de los bienes a los sujetos en dos niveles diferentes. En un primer nivel el ordenamiento atribuye los bienes de una manera provisional, y ésta es la misión que cumple la posesión considera-

da en sí misma, porque el ordenamiento jurídico utiliza la posición para mantener el orden de atribución de los bienes tal como se encuentra en un momento dado. Esto se consigue protegiendo al poseedor en un plano provisional mediante los interdictos, en tanto no sea vencido en el plano definitivo, del que hablaremos después.

En el plano provisional nos encontramos con una fotografía de la situación, sin importarnos de momento la razón por la que el poseedor ha llegado a ella. Nos basta ver a un sujeto que controla una cosa con independencia, es decir, no sometido a instrucciones de otro y que por ello puede acceder a la misma voluntad y puede del mismo modo excluir a los extraños. Esta situación de poder que llamamos posesión, cumple la función de atribuir los bienes de forma interina, por que sólo de momento va a ser protegido el poseedor por su condición de tal.

En esta misión, la posesión cumple una función básica de protección de la paz social respecto del control de los bienes. Con la protección de la posesión se consigue hacer efectiva en este ámbito la prohibición de que cada uno se tome la justicia por su mano, y se impone la necesidad que los ciudadanos acudan a los Tribunales de Justicia para reclamar sus pretensiones sobre los bienes mediante los remedios procesales correspondientes. Para lograr estos objetivos la posesión se concibe fundamentalmente como un hecho, como el control de las cosas, y concibiéndola así, se tiende a garantizar estos fines.

A estos efectos, en este plano provisional, la posesión no necesita ser caracterizada como manifestación, exteriorización o apariencia de propiedad. En este plano no se requieren ulteriores características, basta la situación de control independiente. Es suficiente con que un sujeto ostente un poder fáctico sobre la cosa para que como poseedor, merezca protección. Está legitimado para interponer los interdictos por el simple hecho de poseer, incluso contra titulares de derechos reales sobre la misma cosa, tal como establece el artículo 598 del Código Procesal Civil peruano. Por consiguiente, en este plano, la posesión no necesita ser definida en relación con la propiedad. De aquí que las definiciones de la posesión que la conciben como ejercicio del derecho de propiedad o ejercicio de alguno de sus poderes, como el uso y el disfrute, no son adecuadas a las finalidades que la posesión cumple en este plano, porque restringen excesivamente el ámbito de la protección posesoria.

En este plano de la defensa interdictal, la posesión se puede concebir mejor como una situación de control autónomo sobre una cosa, sin ninguna referencia al ejercicio de un derecho, porque la situación de dominación no coincide siempre, no tiene necesariamente que coincidir, con el ejercicio del derecho de propiedad o alguno de sus poderes como el uso o el disfrute. Es perfectamente posible tener el control de una cosa que no se usa, como también lo es conceder a otro el disfrute gratuito de una cosa

sobre la que se conserva la posesión. Por tanto, en este plano, es perturbador definir la posesión en relación con la propiedad o con las facultades de este u otro derecho real.

Es claro que una definición de la posesión puede ajustarse por vía interpretativa a las finalidades señaladas; pero también es claro que puede representar un serio obstáculo para que la protección interdictal sea suficientemente amplia para garantizar la paz social en el ámbito de los derechos reales. En este punto, tanto el texto vigente del Código Civil peruano, artículo 896, como el texto de las propuestas, responden a la tradición jurídica franco-italiana, en la que la protección interdictal es más estrecha que en los derechos alemán y español. En Francia, originariamente el Código Civil contemplaba la posesión desde la perspectiva de la prescripción adquisitiva o usucapión, y quizá por ello, la posesión se concebía en función de la propiedad, otorgando una protección interdictal mucho más reducida que la alemana o española. Pero, como es sabido, la ley 75.596 de 9 de julio de 1975 añadió dos artículos al fin del "Code Napoleon" en los que después de proclamar muy acertadamente que: "la posesión es protegida sin consideración al derecho definitivo, contra la perturbación que la afecte o amenace" extiende la protección posesoria al detentador contra todos, excepto contra aquél del que derive su derecho (art. 2282). Aún que no llega a la amplitud de los códigos civiles alemán y español, esa ley francesa trajo consigo una acertada ampliación de la defensa interdictal, pensada sobre todo para defender la posición del arrendatario.

Pero la posesión cumple además otra función y precisamente en el plano definitivo de la atribución de los bienes. El ordenamiento jurídico asigna los bienes a los sujetos de derecho de una manera definitiva mediante la propiedad y demás derechos reales. La atribución de los bienes entonces se califica de definitiva en el sentido que no está sometida a revisión en otro plano, como ocurre con la situación decidida por los interdictos posesorios. En este nivel definitivo de la atribución de los bienes, la posesión cumple también una función. Aquí el cometido de la posesión es servir de puente entre el hecho y el derecho, entre la situación fáctica, como tal provisional, y la situación jurídica definitiva de poder sobre las cosas, consagrada por las leyes como propiedad o como derecho real que lleva consigo la facultad de poseer, como por ejemplo, el usufructo. La posesión sirve aquí para que la propiedad u otro derecho real susceptible de posesión, bien por medio de la apropiación de las cosas que carecen de dueño, en la medida en que la ley lo admita, bien por medio de la tradición o de la usucapión. La situación de poder de hecho protegida jurídicamente de manera provisional se transformará en situación de poder definitiva que llamamos propiedad o llamamos usufructo, etc...

Para cumplir esta función, la posesión sí requiere una caracterización en relación con la propiedad u otros derechos reales. En este plano, la posesión, la situación fáctica, debe tener un reflejo del derecho al que tiende,

esto es debe tener un reflejo de la propiedad o del usufructo. Esto es, un reflejo del derecho que pretenda ser adquirido por medio de la posesión. Ahora bien, que la posesión ostente este destello no significa que el derecho real exista tras ella, el derecho podrá existir o no, pero el poseedor podrá ser propietario o no, pero posee como propietario, como usufructuario, etc. En esta función sí es importante la calidad en que se posee o como dice la propuesta "la calidad posesoria" (artículo 33-1 que modifica la expresión "título posesorio") para referirse a los supuestos en que se produce un cambio en el color de la posesión o como podemos decir en el concepto de la posesión. Así por ejemplo se posee como usufructuario y se pasa a poseer como usufructuario, porque se enajena la nuda propiedad, o a la inversa el que poseía como usufructuario pasa a poseer como propietario porque adquiere la nuda propiedad.

A estos efectos es necesario tomar en cuenta la coloración de la posesión, si se quiere decir así, en función del derecho que se está adquiriendo o que se va a adquirir con el paso del tiempo. Entonces sí es preciso caracterizar la posesión por lo que llamamos en derecho español "concepto posesorio" o como dice la propuesta "calidad posesoria". Por eso me parece necesario mantener las expresiones "poseer como propietario" para adquirir por usucapión la propiedad o "poseer como usufructuario", para adquirir por usucapión el usufructo, y así sucesivamente respecto de cada derecho real susceptible de usucapión.

La propuesta suprime del artículo 950 "como propietario" coincidiendo con la opinión de Lucrecia Maisch von Humboldt en su comentario a este artículo, para quién era un error evidente exigir tal requisito. A mi juicio, por el contrario es necesario exigir que la posesión "ad usucapionem" sea en el concepto o calidad correspondiente al derecho que se trata de adquirir. No se trata evidentemente de que quien posea como propietario, sea propietario efectivamente, porque poseer como propietario, como usufructuario etc. es poseer "como si" se fuera propietario, usufructuario, etc. Lo será o no, pero lo que sí debe de tener su posesión, es ese reflejo de la propiedad si quiere adquirir la propiedad, o del usufructo si quiere adquirir el usufructo. Aquí sí valen las definiciones de la posesión en relación con la propiedad y demás derechos reales.

Ahora hablamos de la posesión coloreada de la titularidad del derecho a la que tiende. Más, ¿cómo sabemos si una posesión tiene un color o tiene otro?, o si se prefiere decir con otras expresiones equivalentes, ¿cómo sabemos en qué concepto se posee?, o ¿en qué calidad se posee?. Si calificamos a la posesión como el ejercicio de hecho del uso o del disfrute (artículo 27 de la propuesta que modifica el texto del artículo 896 del Código Civil peruano) contenidos en el derecho de propiedad y también consideramos que el usufructo es el derecho de usar y disfrutar, no podemos distinguir por el ejercicio de esos poderes una posesión de otra, no podemos distinguir una posesión que tienda a la adquisición del usufructo de otra que

tienda a la adquisición de la propiedad. No podríamos decidir si un poseedor que ha usado y disfrutado de una cosa, ha adquirido la propiedad o ha adquirido el usufructo. Si en el plano provisional decíamos, exagerando un poco, que nos bastaba una fotografía de la situación fáctica, ahora en el nivel definitivo, necesitamos ver la película de la situación desde el principio. No nos basta contemplar la situación en un momento, sino que tenemos que saber por qué se originó la situación. En definitiva cual es la causa de esa posesión, porque conociéndola podemos contestar con seguridad cual es el concepto o calidad en que se posee.

Cual sea la causa de la posesión se sabe cuando conozcamos la respuesta a la pregunta de por qué posee el poseedor, por ejemplo, porque compró la cosa, se la donaron, la alquilo, etc.. Unas causas son el origen de una posesión en concepto o calidad de dueño y otras de arrendatario, usufructuario etc.. La causa de la posesión es lo que le da color inequívoco e indudable y la matiza como hábil para producir los efectos a que nos referimos en este plano definitivo.

Pero la causa originaria de la posesión no califica a ésta de una manera invariable y para siempre; la causa de la posesión puede cambiar, aunque obviamente no sólo por la voluntad del poseedor, como podría equivocadamente pensarse si se caracterizara la posesión por el "animus" del poseedor, entendido de modo subjetivo exclusivamente. El cambio de la causa de la posesión tiene lugar solamente por determinados actos que la ley se encarga de precisar. La propuesta alude a ese cambio de la causa de la posesión mediante la expresión "cambio de la calidad de la posesión" cuando trata de las diferentes formas de tradición. En esa medida me parece acertado, aunque el cambio puede tener lugar incluso sin la intervención de un tercero. En la tradición tiene lugar con la intervención de un tercero. Quien poseía por ejemplo como usufructuario pasa a poseer como propietario, si por ejemplo compra la nuda propiedad, y la tradición tiene lugar; entonces solamente por el cambio de la causa de su posesión ("traditio brevimanu") Pero es posible que el poseedor intente cambiar por si mismo la calidad en la que posee y aunque no le puede conseguir solamente por su voluntad, si realiza actos correspondientes a la nueva calidad y el poseedor superior (mediato) no reacciona contra ellos en tiempo, puede producirse ese cambio. De este modo la película de la situación nos revelará la calidad o concepto posesorio por la causa originaria de la posesión o por la causa de la inversión de ese concepto acontecido en algún momento posterior. La posesión así caracterizada por un concepto o calidad determinados, en este plano de la adquisición de la propiedad y de los derechos reales, no solo está en conexión con la usucapión sino también con la tradición.

Tradición y usucapión son en realidad dos supuestos alternativos de adquisición de la propiedad, con requisitos comunes y requisitos diferenciados. La ley va formulando supuestos de hecho alternativos para adqui-

rir la propiedad en función de los diversos requisitos que exige. Si se trata de cosas que carecen de dueño: apropiación, si se trata de transmisión derivativa de la propiedad "inter vivos": tradición, si se trata de la adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo: usucapión. En los tres casos es preciso tomar posesión y en el supuesto de la usucapión además mantenerla, en una calidad determinada: en calidad de propietario. El efecto jurídico "adquisición de la propiedad" no depende sólo de esto sino que requiere según los casos, que la cosa no tenga dueño (apropiación), que la cosa del transmitente salvo los supuestos de adquisición "a non domino" (tradición), que se mantenga la posesión un cierto tiempo (usucapión). En los tres supuestos el elemento común es la posesión en una calidad determinada (como propietario, como usufructuario) que no significa que el derecho exista ya, porque ese efecto depende de otros factores.

Dejando aparte la apropiación, observamos que tradición y usucapión funcionan como alternativas en las adquisiciones derivativas "inter vivos" con una causa de la posesión común, que se conoce con el nombre de justo título de la usucapión o justa causa de la tradición. Tradición y usucapión funcionan como alternativas en el siguiente sentido: si el que transmite a consecuencia de un título, como por ejemplo de una compraventa, es propietario o se dan los supuestos de la adquisición "a non domino", se produce la adquisición inmediata de la propiedad (por tradición), si el transmitente, por el contrario, no es propietario ni se dan los requisitos de la adquisición "a non domino", entonces se adquiere mediatamente por usucapión. Aparece entonces la figura de la usucapión con justo título y buena fe (usucapión ordinaria). El justo título es el título traslativo como la compraventa. No se produjo la transmisión porque el transmitente no era propietario y no se daban los supuestos de la adquisición a "non domino",pero el título opera ahora como justo título de la usucapión. La buena fe y la posesión prolongada durante el plazo establecido por la ley, sustituyen la necesidad de propiedad del transmitente o los requisitos de la adquisición "a non domino".

Ahora bien, esta usucapión con justo título y buena fe suscita algunas dificultades de conciliación entre diversos preceptos del mismo Código Civil peruano. Se establece por una parte, en las nuevas propuestas que hace la Comisión, una usucapión para los bienes registrados, sean muebles o inmuebles, de cinco años con buena fe y justo título (artículo 85, en sustitución del artículo 950). Por otro lado, el Código establece y se mantiene en la propuesta que la presunción de buena fe no opera cuando la posesión se enfrenta a un titular registrado. Es decir, una persona que adquiera un bien de persona distinta del titular registrado no goza de la presunción de buena fe, pero esta regla presupone implícitamente que puede tener buena fe, y también la presupone la regla que establece la usucapión de un bien registrado con buena fe y justo título, porque se supone que adquiere en contra del titular registrado. Sin embargo, encontramos en el

artículo 2012, cuya reforma no se ha propuesto, una presunción irrebatible de conocimiento del contenido de las inscripciones registrales, lo cual es incompatible con que pueda existir esa usucapión de cinco años con buena fe respecto de bienes registrados.

El inconveniente puede salvarse, en mi opinión, de dos maneras. La primera es limitar el artículo que establece la citada usucapión en su ámbito de aplicación, de modo que dicha usucapión sólo sea aplicable en favor del poseedor inscrito, y por tanto el supuesto sería el de una usucapión conforme al registro en contra de un titular registrado anterior. Además este supuesto requiere que no se haya producido el del artículo 2014 que establece la adquisición de la propiedad por virtud de la fe pública registral, porque si se hubiera dado, ya no sería necesaria la usucapión. La solución, por tanto, a esta posible antinomia sería reducir el ámbito de aplicación de esa usucapión de forma que fuera aplicable sólo en favor de titular registrados que no reunieran los requisitos de la fe pública registral y en contra de un titular registrado anterior. Si se trata de un adquirente de buena fe con justo título sólo va a quedar fuera el adquirente a título gratuito y así esta solución lleva a reducir extraordinariamente el ámbito de aplicación de esa usucapión de los bienes registrados.

Otra alternativa, a mi juicio preferible, sería modificar o suprimir el artículo 2012, que establece una regla en la que se confunde la publicidad registral que como tal es posibilidad de conocimiento, con el conocimiento efectivo. Estos dos conceptos, deben mantenerse separados, sin perjuicio que a ciertos efectos se equiparen, pero equiparación a ciertos efectos no es lo mismo que identificación. En la reciente reforma española del Registro Mercantil (Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Unión Europea) se ha suprimido acertadamente una norma parecida (artículo 2-2 del Reglamento del Registro Mercantil) al citado artículo 2012, sin perjuicio de mantener la fuerza de la publicidad registral. No es necesario formular el principio de publicidad registral de una manera tan fuerte como lo hace este precepto e insisto en que la posibilidad de conocimiento puede producir en muchos ámbitos los mismo efectos que el conocimiento efectivo, pero no son idénticos. No es necesario establecer que lo inscrito en el registro es conocido por todos, porque ello es una ficción, basta con establecer que lo publicado es oponible a todos por su posibilidad de conocimiento. Ahora bien, esto no excluye que la falta de conocimiento efectivo sea tomada en cuenta a ciertos efectos, como la usucapión, en los que por otras consideraciones, prevalezca la realidad de la posesión sobre la publicidad registral. ¿Cuando debe prevalecer la usucapión y cuándo el registro?, es un problema de política del derecho que debe decidirse sin partir de una identidad ficticia entre publicidad y conocimiento efectivo.

A los efectos de la usucapión con justo título y buena fe, puede sostenerse que la publicidad registral no impide la buena fe necesaria para esa

usucapión, porque si bien la buena fe es incompatible con el conocimiento efectivo, no es incompatible necesariamente con la posibilidad de conocimiento que significa la publicidad registral. De este modo sería posible mantener esa usucapión con buena fe y justo título de bienes registrados, pero si no se suprime la presunción irrebatible de conocimiento del contenido de las inscripciones que formula el artículo 2012, no cabría más que la otra alternativa antes expuesta, con la consecuencia que esa usucapión tendría escasa aplicación. Esto es: sólo a favor de titulares inscritos que no resulten protegidos por la fe pública registral, conforme al artículo 2014, y en contra de otro titular anterior.

Una importante novedad que observo en las propuestas de la Comisión, es que en ellas ha desaparecido la adquisición a "non domino" de bienes muebles del artículo 948 a título oneroso y de buena fe, de la que se exceptúa a las cosas perdidas y a las adquiridas con infracción de la ley penal. Este artículo 948 ha desaparecido de las propuestas y no veo claro ni cual es la razón de la desaparición ni cual sería la regulación legal después de la supresión. En la exposición de motivos y comentarios sobre el libro de Derechos Reales debida a Lucrecia Maisch von Humboldt, se critica este artículo 948 diciendo que por simple inercia legislativa repite el controvertido artículo 890 del Código de 1936, y que "es deficiente: legisla en forma confusa y conduce a contradicciones al expresar que se adquiere el dominio aún cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo". Y continúa diciendo "en realidad hubiera sido más técnico el incluir sólo el artículo 947, que establece que la tradición es la forma de adquirir la propiedad de una cosa mueble determinada, con algunas excepciones... los que se obtengan con infracción de la ley penal..." "Parece que la propuesta sigue esta opinión y por ello desaparece el artículo 948. Pero en verdad no es así, porque al desaparecer el artículo 948 la excepción de los bienes obtenidos con infracción de la ley penal también desaparece. De modo que no quedaría claro, si prosperase la propuesta, si se ha querido suprimir la adquisición "a non domino" del artículo 948 de modo total o, por el contrario, se ha querido generalizar por entender que basta el artículo 947 y lo que se suprime son las excepciones. El problema procede de que al establecer la tradición como modo de adquisición de los bienes muebles ni el Código Civil vigente ni las propuestas precisan los presupuestos de la misma, como por lo demás tampoco hacen otros Códigos, como por ejemplo el español. Es cierto que se sobreentiende que el principio de las adquisiciones derivativas es el principio formulado ya por los romanos: "nemo dat quod non habet" (nadie da lo que no tiene). Por ello podría entenderse que al suprimir el artículo 948, se vuelve al principio citado sin la excepción que al mismo representa el artículo 948. Pero al no estar formulado explícitamente el principio según el cual el "tradens" debe ser propietario para que la propiedad se transmita por tradición, se podría entender, como al parecer entendía la citada autora, que

no era preciso y entonces lo suprimido serían las excepciones de la excepción.

Me parece necesario, por ello, establecer el principio según el cual la transmisión de la propiedad requiere que el transmitente sea propietario, y después, si se estima oportuno, mantener o suprimir claramente la adquisición "a non domino" del artículo 948. En caso de mantenerla, me parece oportuno también mantener las excepciones, tal como hace el precepto actualmente, porque no debe favorecerse el tráfico de objetos obtenidos con infracción de la ley penal. Debe recordarse que el tráfico relativo a bienes muebles efectuado en locales abiertos al público está protegido por el artículo 1542 que no reconoce excepciones. Este precepto ya proporciona una adecuada seguridad al tráfico de bienes muebles. Ahora bien, me parecería más adecuado situar este artículo 1542 junto con los que tratan de la adquisición de la propiedad y exigir explícitamente en la buena fe y título oneroso, aunque ésta última exigencia está prácticamente cumplida en toda adquisición en tiendas o establecimientos abiertos al público.

En relación con la tradición también es necesario cuestionar en que relación se encuentra la entrega con su causa. No se menciona la causa de la tradición ni en el nuevo artículo 84 propuesto por la Comisión, ni en el actual artículo 947, aunque éste concibe la tradición en función del cumplimiento de una obligación, porque habla de la tradición que se hace al acreedor de la cosa, lo que ya supone un cierto enfoque del tema de la causa de la tradición. Es posible que se haya dado por sobrentendido que la tradición requiera un título válido, que la tradición sea una entrega efectuada por el propietario o su representante a consecuencia de una venta, permuta, u otro título semejante de carácter traslativo, pero lo cierto es que no está dicho y es un cuestión importante determinar la influencia de la anulación, nulidad o incluso inexistencia del título contrato traslativo en la transmisión de la propiedad. Esta cuestión es un problema de causa de la atribución patrimonial y no de causa del contrato, pero debe advertirse que si usucapión ordinaria y tradición son supuestos normativos de carácter alternativo, que divergen por el requisito de la propiedad del transmitente, necesario por regla general en la tradición (salvo los supuestos de adquisiciones "a non domino", artículo 948 y 1542) y cuya ausencia subsana la usucapión, el justo título es a la usucapión lo que la justa causa es a la tradición.

En mi opinión sería conveniente expresar estos dos presupuestos de la transmisión de la propiedad por tradición: a) propiedad y poder de disposición del "tradens" (excepto en los supuestos de adquisición "a non domino") y b) título válido. Si es que se quiere, como me parece preferible, a) que el principio "nemo dat quod non habet" sea la regla general, y los supuestos de adquisición "a non domino" excepciones, y b) que para transmitir la propiedad por tradición sea preciso que ésta se efectúe a consecuencia de un contrato traslativo válido u otra justa causa verdadera y

válida. Me parece que el Código Civil holandés es un buen modelo a estos efectos, porque precisa muy bien los presupuestos de la tradición como modo de adquirir la propiedad. El artículo 84 del libro III (artículo 3,84) establece en su numero 1: la transmisión de la propiedad requiere la entrega en virtud de un título válido, efectuada por aquél que tenga derecho a disponer del bien. De este modo se formulan a mi juicio adecuadamente los citados presupuestos de la transmisión de la propiedad por tradición eliminando los inconvenientes antes, expuestos.

Una cuestión muy interesante, en este plano de las funciones de la posesión en relación con la propiedad, es si cuando se establece que la posesión hace presumir la propiedad, se establece una verdadera presunción o más bien una regla de carga de la prueba. La llamada presunción de propiedad apoyada en la posesión ha sido muy discutida y algún autor de gran prestigio como Savigny, llegó a admitirla y a rechazarla en las sucesivas ediciones de su célebre monografía sobre la posesión. El problema consiste en que el concepto de presunción se utiliza en sentido impropio y realmente en ocasiones se habla de presunción para aludir exclusivamente a una regla de distribución de la carga de la prueba. Es decir, a veces se formula la presunción con la intención de expresar simplemente la regla normal de la carga de la prueba. Debemos preguntarnos si esa presunción tal y como la establece el artículo 912 del Código Civil peruano no es más bien una regla que expresa la carga de la prueba normal.

Me explico: en la reivindicatoria, como es sabido, no incumbe al poseedor la prueba mientras el demandante no acredite lo que le incumbe. Si el demandante no acredita lo que le incumbe, entonces el poseedor debe ser absuelto de la demanda. La demanda es desestimada no porque el poseedor haya probado su propiedad, sino porque el demandante no ha probado lo que le correspondía. Si existiera una verdadera presunción por virtud de la que el poseedor probara su propiedad por medio de la posesión, deberíamos admitir este efecto no sólo cuando el poseedor actúa como demandado, sino también cuando lo hace como demandante, aunque, este caso sea mucho menos frecuente. Habría que admitir que el poseedor pudiera instar un juicio declarativo para obtener una declaración de propiedad a su favor sin otra prueba que la posesión. Sin embargo, el Código peruano con buen criterio exige en el artículo 952 que el poseedor haya usucapido para que pueda entablar un juicio a efectos de que se le declare propietario. No es la simple posesión la que prueba la propiedad, porque el poseedor antes de completar el tiempo necesario para usucapir no puede entablar un juicio para que se le declare propietario. Entiendo, por consiguiente, que no se trata de una verdadera presunción sino sólo de una regla de carga de la prueba, aunque es corriente en los códigos formularla bajo el vestido de una presunción, que verdaderamente no es tal.

Es también importante la presunción de posesión que establece el artículo 913-2: "la posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes

muebles que se hallen en él". Esta es una regla trascendental en las ejecuciones y el problema que suscita cuando la posesión del inmueble está desdoblada en mediata e inmediata (por ejemplo, arrendador y arrendatario) es si ese desdoblamiento se reproduce en relación con la posesión de los muebles contenidos en aquel. Esta consecuencia hay que negarla, la posesión de los muebles en principio corresponde exclusivamente al que ejerce la posesión inmediata del inmueble. Si el poseedor mediato pretende lo contrario, a él le incumbe la carga de la prueba.

Para terminar quiero referirme a una novedad esencial que se propone en el régimen de transmisión de la propiedad al asignar valor constitutivo a la inscripción en el registro de la propiedad. En principio desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la concreta realidad de cada país, parece cierto que un sistema de transmisión de la propiedad inmueble que exija la inscripción como constitutiva es superior, porque proporciona una gran seguridad al tráfico inmobiliario por medio de la publicidad registral. Sin embargo, es necesario partir de la realidad económico-social del país en que se pretende establecer tal sistema, porque es posible que esa realidad no consienta un sistema semejante y este quede inoperante con el consiguiente desprestigio de la norma que no se cumple. No poseo suficientes datos de hecho para juzgar esa reforma desde un punto de vista de política del derecho, pero en cualquier caso debe tenerse muy en cuenta las posibilidades de que el sistema sea generalmente observado y realmente operativo contando con la actual organización de los registros. Ahora bien, creo que no debe establecerse la inscripción constitutiva para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, salvo buques y aeronaves u otros de gran valor, porque supondría una traba para la circulación de los mismos y aumentaría los llamados costos de transacción de modo desproporcionado.

También me parece claro que la propuesta va demasiado lejos cuando, al parecer, condiciona la defensa posesoria a que los bienes estén inscritos (artículo 52). La posesión como situación de poder fáctico sobre las cosas y como institución al servicio de la paz social, no puede quedar sometida a las formalidades de la inscripción. En el citado artículo parece que se exige para gozar de protección interdictal, posesión e inscripción aunque se atribuya valor constitutivo a la inscripción para la transmisión de la propiedad, no debe tenerlo en cuanto a la posesión que se desenvuelve en el terreno de los hechos y no en el de las formas. El artículo 52 de las propuestas debe volver al texto del artículo 921 actual en el que queda claro que los poseedores de inmuebles gozan de protección interdictal aunque no los tengan inscritos a su favor.

EL DERECHO DE SUPERFICIE

Luis O. Andorno
Prof. Universidad Nacional de Rosario

I. INTRODUCCION

Con verdadero deleite intelectual emprendemos la muy grata tarea de hacer conocer nuestra opinión en relación a la medulosa propuesta de enmienda sobre "El Derecho de superficie" que se ha venido elaborando por la respectiva Comisión de Trabajo, como modesto aporte de nuestra parte al presente certámen jurídico en el que se efectúa un balance y se analizan las perspectivas de futuro, a diez años de vigencia del Código Civil de la hermana República del Perú.

A fin de orientarnos sobre el particular nos parece de interés efectuar una breve reseña histórica en torno al derecho de superficie.

Así, en cuanto a sus orígenes, recuerda Lino Salis, en su libro "La superficie" (Turín, 1958, ps.1/2) que en Roma, en tiempos de la República, el Estado concedía a los particulares zonas de terreno **(ager publicus)** para la construcción, ya sea tanto en el Foro Romano, como a lo largo de las calles públicas, de pequeñas construcciones **(tabernae)** cuya propiedad, en virtud del principio "**superficies sole cedit**" quedada siempre en manos del Estado concedente, mientras el **uso** estaba reconocido a favor de dichos particulares concesionarios. (Roma)

Además, tal derecho, en un primer tiempo únicamente podía ser transferido por sucesión **mortis causa** a sus herederos, en tanto que en una época posterior, podía ser transferido a terceros extraños, mediante contrato de venta.

Estos se consideran aún en la actualidad los primeros ejemplos de **concesión superficiaria.**

Más tarde aparecieron **particulares** formas de concesión superficiaria, cuando el propietario concedía el suelo en locación a un tercero, el cual tenía el derecho de gozar de la construcción que edificaba sobre el suelo.

Cuando el pretor acordó al propietario superficiario un interdicto especial para la defensa de dicho derecho sobre la construcción, puede decirse que prácticamente surgió en el Derecho romano una forma embrionaria de propiedad superficiaria en el sentido moderno de la palabra.

De cualquier modo debe dejarse especialmente establecido que tal for-

ma de superficie en el Derecho romano era siempre un derecho sobre una cosa ajena.

Es así, como el propio codificador argentino Dalmacio Vélez Sársfield, al redactar el art. 2614, del Código Civil vigente a partir del 1º de enero de 1871, que prohibió de modo expreso el derecho de superficie, recuerda que en Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiera hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo, y si él, por ejemplo, hubiera vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.

Mas después el Derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo.

Ello significa por tanto que la primitiva propiedad romana quiritaria no podía ser dividida. Regía en toda su extensión la máxima de Ulpiano: **semper enim superficiem sole cedere.** Es recién en el Bajo Imperio romano que nace el derecho de superficie.

Luego, en el derecho justinianeo la superficie adquirió el carácter de un verdadero derecho real, transmisible por actos entre vivos o **mortis causa,** pudiendo el superficiario hipotecario, constituir servidumbres o derechos de usufructo o uso sobre aquél.

Posteriormente, durante la Edad Media, el derecho de superficie no solamente se extendía a lo edificado como en el Derecho romano, sino también a las plantaciones sobre terreno ajeno (Guillermo L. Allende, Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos por el Código Civil, Buenos Aires, 1964, No. 117).

En cuanto al derecho francés recuerdan los hermanos Mazeaud y François Chabas, que la posibilidad de la admisión del derecho de superficie se halla implícitamente reconocida por el art. 553 del Código Civil, que fuera tomado casi textualmente por Vélez Sársfield al redactar el art. 2519 del C. Civil argentino. Y ello así por cuanto como lo sostienen dichos distinguidos juristas, aquel precepto no liga necesariamente la propiedad de las construcciones y plantaciones a la del suelo (Henri, León y Jean Mazeaud y François Chabas, "Lecons de droit civil", t. II, Vol. 2, Biens. Droit de propriété et ses demembrements, 6a. edición a cargo de François Gianviti, Paris, 1984, No. 1361).

En cuanto al derecho italiano debe destacarse que la posibilidad de admitir la existencia del derecho de superficie en el Código Civil de 1865, era extraída de las disposiciones existentes en dicho cuerpo legal acerca

de la accesión (art. 448), como así respecto de las normas del mismo relativas a la propiedad que pudiera ostentar una persona en forma separada respecto de un piso de un edificio.

Por lo demás, el instituto de la superficie ha sido explícitamente introducido en dicha legislación italiana a través del Código Civil de 1942 (arts. 952 a 956).

En lo que respecta al derecho español debe decirse que dicho instituto encuentra apoyo explícito en la llamada "Ley del suelo", del 12 de mayo de 1956, como así en la Reforma al Reglamento Hipotecario efectuada en 1959.

En cuanto al derecho alemán, recuerda Jean-Pierre Marty que el Código Civil de 1900, preveía la existencia de un derecho, especialmente reconocido y reglamentado en los parágrafos 1011 y 1017 calificada como el **Erbaurecht,** similar al derecho de superficie. En esta primera etapa, el derecho concierne tánto al subsuelo, como a la superficie, siendo atributivo de la propiedad de las construcciones. Su titular está facultado para extender el goce correspondiente sobre la parte del fundo no alcanzada por la construcción, en la medida en que esta extensión pueda resultar accesoria y legítima. Limitada a las construcciones, dicho derecho no puede extenderse más que sobre un piso y no se extingue por la pérdida de la cosa. Esta reglamentación del B.G.B. que resulta aplicable a los derechos creados con anterioridad al año 1919, ha quedado derogado por la Ordenanza del 15 de enero de dicho año. Las nuevas disposiciones conservan en su esencia las disposiciones anteriores, pero contienen una enumeración precisa y detallada de su duración, la renovación, la demolición del edificio, la devolución, el libro fundiario. El derecho es enajenable y transmisible (se está en presencia de un derecho de superficie hereditario) y susceptible de hipotecarlo y limitado a las construcciones. No se extingue por el "no uso". Se trata por ende de un verdadero derecho autónomo **sui generis** sobre las construcciones (Jean-Pierre Marty, La dissociation juridique de l immeuble. Contribution a l etude de droit de superificie, Paris, 1979, p. 135).

Siguiendo las pautas generales del Código Civil italiano de 1942, disciplinan el derecho de superficie con criterio moderno los Códigos Civiles de Portugal de 1967 (arts. 1524 y ss.) y de Bolivia de 1976 (arts. 1201 y ss.).

A propósito del derecho portugués, cabe recordar que el destacado jurista lusitano José de Oliveira Ascensao da una definición sencilla y concisa acerca del derecho de superficie, diciendo que consiste **en el derecho real de tener una cosa propia incorporada en terreno ajeno** (Direitos Reais, Almedina, Lisboa, 1978, p. 507).

En esta misma corriente moderna debe ubicarse al Código Civil del Perú de 1984, que dedica cinco artículos destinados a regular distintos as-

pectos del derecho de superficie, esto es, la definición y plazo (art. 1030), la constitución y transmisibilidad (art. 1031),su extensión (art. 1032), la pervivencia del mismo (art. 1033) y su extinción (art. 1034).

Al respecto, nos parece importante asimismo transcribir la excelente definición dada por el distinguido jurista y catedrático peruano Carlos Cárdenas Quirós en torno al derecho de superficie al caracterizarlo como "el derecho real enajenable y transmisible por sucesión, que confiere a su titular durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por la ley la facultad de tener y mantener en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada" (Carlos Cárdenas Quirós. Los modos de constitución, la duración y la extinción del derecho de superficie, en "Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber", p.27, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, Derecho real de superficie, Astrea, Bs. Aires, 1989, p.10).

En los párrafos siguientes, conforme a lo anticipado, nos ocuparemos acerca de la propuesta de enmienda a dichos artículos elaborada por la respectiva Comisión de Trabajo.

II. DISPOSICIONES GENERALES.

El artículo 202 de la referida propuesta de enmienda propicia la siguiente fórmula: "**Por el derecho de superficie, el superficiario goza del derecho de tener y mantener temporalmente una edificación en propiedad separada, sobre o bajo la superficie de un terreno ajeno. Este derecho no puede durar más de treinta años**".

Si lo comparamos con el art. 1030 del Código vigente que dice "**Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo constituido reembolsando su valor, salvo pacto distinto**", veremos que se ha mejorado su texto en distintos aspectos.

Así se tiene en primer lugar, como se hace notar en la respectiva Exposición de Motivos, que la norma proyectada propone de modo principal, mas no exclusivamente, el derecho de edificar, toda vez que también se admite la posibilidad de ampliar lo construido y construir sobre una edificación ya existente.

En este punto nos permitimos sugerir se deje expresamente establecido de que la posibilidad de someter al derecho de superficie una construcción a efectuarse sobre una edificación ya existente lo sea **aún dentro del régimen de propiedad horizontal,** tal como se propicia en el art.

3153 del Proyecto de reformas al Código Civil argentino, aprobado por la Cámara de Diputados en su sesión del día 3 de noviembre de 1993, actualmente a consideración del Senado de la Nación.

Finalmente, compartimos plenamente el criterio de reducir el plazo de duración del derecho de superficie de 99 años a 30 años, toda vez que aquél debe reputarse excesivo. Es el mismo criterio que hemos propiciado oportunamente en nuestro trabajo:"El derecho de superficie",publicado en Jurisprudencia Argentina, 1985-III-653 como así lo recomendado por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil efectuadas en Corrientes (Argentina), durante los días 31 de julio al 4 de agosto de 1985 (Tema No. 4).

2. El artículo 203 de la propuesta de enmienda reza: "**El derecho de superficie puede constituirse por acto inter vivos o testamento y a título gratuito u oneroso. Cuando el derecho de superficie se constituye a título oneroso, la contraprestación del superficiario consiste en el pago de una suma alzada o periódica**".

Dicho artículo reproduce parcialmente el art. 1031 del Código vigente que dice: "**El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa**".

Nos parece un acierto se haya dejado constancia de que el acto de constitución del derecho de superficie pueda ser a título gratuito u oneroso. También consideramos adecuada la aclaración de que en este último supuesto la correspondiente contraprestación a cargo del superficiario pueda consistir en el pago de una suma elevada o bien periódica. Desde luego que la costumbre en los distintos países que tienen incorporada a su legislación el derecho de superficie hace que tal contraprestación sea de carácter periódico (el "solarium" de los romanos). Nos permitimos sugerir asimismo que las mencionadas prestaciones sean siempre en dinero, tal cual lo dispone el art. 1530, párrafo 3º, del Código Civil de Portugal de 1967. Por lo demás, este artículo 1530, párrafo 1º, admite asimismo la posibilidad de que dicho precio a pagar por el superficiario pueda consistir en una única prestación o bien en una prestación anual, perpetua o temporaria.

3. Tocante a la forma de constitución del derecho de superficie, el art. 204 de la propuesta de enmienda que estamos analizando, señala que el mismo "**se constituye por escrito, bajo sanción de nulidad**". En la Exposición de Motivos se dice que se ha considerado necesario exigir la formalidad literal, bajo sanción de nulidad, atento el carácter de la superficie y su correlación con otros dispositivos del título.

Anotamos de paso, que para el supuesto de incorporarse el derecho real de superficie al ordenamiento jurídico argentino, la constitución del mismo deberá necesariamente instrumentarse por escritura pública en razón de que dicho derecho real recae sobre inmuebles (art. 1184 y concor-

dantes del Código Civil argentino). Ello ha sido recogido de modo expreso en el art. 3154 del referido Proyecto de Reformas del Código Civil de la Cámara de Diputados, en cuanto consigna que "**en todos los casos el derecho de superficie sólo puede ser constituido por escritura pública por el propietario..**"

4. Por su parte, el art. 205 de la propuesta de enmienda que estamos considerando, dice que "**el derecho de superficie se extiende al aprovechamiento de otras partes del suelo que implican una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa**".

Se ha reiterado así lo dispuesto en el art. 1032 del Código Civil peruano vigente, que reza: "**El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización**", mejorando su redacción y dejándose a salvo disposición en contrario que pudiese emanar del título constitutivo, según se indica en la Exposición de Motivos.

Un antecedente importante en esta materia lo encontramos en el derecho alemán, según lo hemos señalado precedentemente (arts. 1019 y 1032 del B.C.G., ampliado por la Ordenanza de 1919).

Ello también fue propiciado en el Proyecto argentino de unificación civil y comercial de 1987, en su art. 2614, (hoy ley vetada No. 23.042), como así en el mencionado Proyecto elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Argentina de 1993, cuyo art. 3153, in fine, dice que "**el derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento**". Acerca de tal texto hemos sostenido anteriormente que ello puede resultar de particular utilidad en el caso de espacios destinados a facilitar el acceso de personas o de objetos, como así para jardines, depósitos, plantas, pequeñas construcciones para alojamiento de animales domésticos, etc. (" El derecho de superficie en el Proyecto de Código Unico Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados", entrega de Jurisprudencia Argentina del 29 de diciembre de 1993).

5. En torno a la transmisibilidad del derecho de superficie, el art. 206 de la propuesta de enmienda dice: "**El derecho de superficie es transmisible, salvo disposición en contrario. Es igualmente susceptible de gravamen, con las limitaciones que establece la ley o el título constitutivo**".

Como se advierte, reitera la segunda parte del art. 1031 del Código vigente, transcripto precedentemente, ampliándose y mejorándose su redacción.

El texto propuesto, a diferencia del art. 1535 del Código de Portugal de 1967, que dispone que "**el derecho de superficie y el derecho de propiedad del suelo son transmisibles por acto entre vivos o por muerte**" -sin formular salvedad alguna este último-guarda analogía con el art. 3157 del Proyecto de reformas al Código Civil argentino aprobado por la Cámara de Diputados en 1993, que dice : "**En todos los casos el derecho de superficie es transferible por actos entre vivos, salvo pacto en contrario; o por muerte. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario**".

De acuerdo a la referida propuesta de enmienda del Código Civil del Perú, se sienta la regla general de que el derecho de superficie es transferible por actos entre vivos, a menos que se hubiere pactado lo contrario. Ello se justifica fácilmente, si se tiene en cuenta que puede tener interés el dueño del terreno en el sentido de que tal derecho no sea transferido por alguna circunstancia particular (persona del superficiario, actividad desarrollada por éste, etc.). En tal caso, como se ha visto, el presente artículo 206 que estamos comentando, admite la validez de todo pacto en contrario que imposibilite la transferencia del derecho. Cabe recordar al respecto, que la Ley del Suelo de España de 1956, establece una limitación consistente en que, en tanto no se haya edificado la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario, salvo pacto en contrario (Roca Sastre, Derecho hipotecario, Barcelona, t. III, año 1968, 583).

En cuanto a la transmisión **mortis causa** del derecho de superficie, debe decirse que la propuesta de enmienda la admite sin limitación alguna. Las distinguidas juristas argentinas Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, recuerdan en este punto, que en opinión de Wolf, la alienabilidad y transmisibilidad por herencia no pueden ser excluidas por acto jurídico (Derecho real de superficie, Astrea, Bs. Aires, 1989, p. 36).

La parte final del referido art. 206 de la propuesta de enmienda señala asimismo que el derecho de superficie "**es igualmente susceptible de gravamen, con las limitaciones que establece la ley o el título constitutivo**".

Frente a la amplitud de este texto pensamos que el superficiario puede hipotecar su derecho.

Tal posibilidad de hipotecar el derecho de superficie está prevista de modo expreso en el art. 3155, in fine, del referido Proyecto argentino de la Cámara de Diputados. Ello permitirá por tanto al titular de dicho derecho real la posibilidad de obtener crédito para edificar sobre el inmueble en cuestión, ofreciendo como garantía hipotecaria tal derecho. Ello coincide con una tendencia general propiciada en el derecho argentino y en el de otros países en el sentido de que resulta urgente modernizar todo lo rela-

tivo a las garantías reales, permitiendo por ejemplo, una mayor flexibilidad en lo que atañe al principio de especialidad objetiva y subjetiva en el ámbito hipotecario (Julio César Rivera, Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas, Revista de Derecho Privado y Comunitario, vol. 2. Garantías, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, (Argentina), 1993, p.175 y ss. y Highton, Elena I., Juicio hipotecario, l, Hammurabi, Bs. As., 1993, p. 55 y ss.).

6. Debemos considerar ahora el art. 207 de la propuesta de enmienda que dice: "**El título constitutivo del derecho de superficie deberá contener: 1. El plazo de duración del derecho, con el limite señalado en el segundo párrafo del art. 194. En caso de no haberse fijado plazo, regirá el máximo de ley. 2. La determinación de la contraprestación que debe satisfacer el superficiario, si el derecho se hubiera constituido a título oneroso. 3. El plazo señalado para realizar la construcción que no podrá exceder de 5 años. De no haberse fijado este plazo, regirá el máximo que señala este inciso. 4. Los pactos relativos a la realización de actos de disposición del superficiario, en caso de existir. 5. Las garantías personales o reales con que se asegure el cumplimiento de estimulaciones, en caso de haber sido convenidas. 6. El valor de reembolso de lo construido, acordado por las partes, salvo que se convenga expresamente que no procede reembolso. Las disposiciones contractuales sobre los efectos y la extensión del derecho de superficie, así como la situación, estructura, volumen y destino de las construcciones son obligatorias para todo adquirente del derecho de superficie. Los requisitos establecidos en los incisos 2, 3 y 6 son imperativos y su omisión es causal de nulidad**".

Se está en presencia de un artículo nuevo cuya utilidad resulta manifiesta. Constituye una norma original que no reconoce precedente en otros cuerpos legales que han disciplinado el derecho de superficie (v. gr.: Código italiano, portugués, boliviano, etc.). El cumplimiento de lo consignado en los distintos incisos contribuirá a dejar bien establecidos los derechos de las partes y a aventar planteos eventuales de nulidades. En cuanto al inciso 6, cuya adecuada flexibilidad se pone de resalto en la Exposición de Motivos, debe decirse que recoge un pensamiento que también ha sido contemplado en la parte final del art. 3158 del Proyecto de reformas al Código Civil argentino de la Cámara de Diputados (vide nuestro referido trabajo en entrega de J.A. del 29 de diciembre de 1993).

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

1. Con indudable acierto metodológico, la presente propuesta de enmienda dedica su capítulo II a dejar establecidos los derechos y obligaciones de las partes.

Así se tiene que el art. 208, que abre el presente capítulo, dice que: "**El propietario y el superficiario pueden ejercer todos los derechos y acciones que les competen en cuanto no afecten sus respectivos derechos**".

Como bien se pone de relieve en la Exposición de Motivos, esta norma nueva, resulta conveniente si se tiene en cuenta la especial circunstancia de que aquí coexisten dos propietarios: el del suelo y el superficiario, por lo que resulta imprescindible la recíproca necesidad de proteger a tales titulares.

2. Por su parte, el art. 209 de la propuesta dice: "**El superficiario tiene derecho de propiedad sobre las construcciones realizadas por encima o por debajo del suelo según corresponda, sin más limitaciones que las impuestas por las disposiciones legales, contractuales o testamentarias**".

Se trata de un artículo que procura dejar establecida la naturaleza jurídica del derecho del superficiario. En la Exposición de Motivos se indica que se trata de un derecho de propiedad temporal, según lo señala el art. 194 y coexistente con la propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo.

Al respecto nos permitimos recordar que el art. 3156 del referido Proyecto de reformas al Código Civil argentino de la Cámara de Diputados, propicia la siguiente fórmula: "**La propiedad superficiaria de una construcción existente se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este derecho real**".

Ello coincide con el criterio sustentado en el mencionado Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 (hoy ley vetada Nº 23.042). Tal criterio nos indica por tanto que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en los arts. 2670 y siguientes del Código Civil argentino. Cabe recordar además, que conforme a lo dispuesto por el art. 2663 del C. Civil argentino, el dominio revocable "**es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido, o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título**".

En todos los casos ha existido transmisión de dominio, por lo que el titular del dominio revocable deberá ser reputado un verdadero propietario, mientras no se opere la extinción de su derecho por el vencimiento del plazo o de la condición resolutoria.

Por tal razón nos parece razonable el criterio seguido por la reforma al considerar aplicable al caso de dicho art. 3156 las referidas normas relativas al dominio revocable, pues en rigor de verdad, la propiedad superficiaria está destinada a extinguirse al producir su efecto el plazo resolutorio máximo de cincuenta años propiciado en dicho proyecto (art. 3153)

(vide nuestro trabajo: "El derecho real de superficie en el Proyecto argentino de unificación legislativa civil y comercial de 1987", Centenario del Código Civil, t. III, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Pinoso. Alicante, 1889-1989, Extensión Universitaria de: Facultad de Cs. Políticas y Sociología (Universidad Complutense de Madrid), Madrid, 1990, p. 57 y ss.).

Debe destacarse asimismo que conforme a lo consignado en el respectivo Informe de la Comisión redactora del mencionado Proyecto argentino de 1993, se consigna que "la regulación de la propiedad superficiaria de una construcción existente **se completa** por la remisión a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles". Ello significa por tanto que nos encontramos en presencia de una propiedad a la que como regla general le son aplicables las normas del Código Civil argentino relativas al dominio, disciplinado por el art. 2506 y siguientes de dicho cuerpo legal, las que se **completan** con la remisión a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, según acaba de verse.

Pensamos que esta iniciativa argentina de propiciar la aplicación de las normas relativas al **dominio revocable** sobre cosas inmuebles a la propiedad superficiaria - cuyo más entusiasta propulsor es el distinguido jurista, catedrático y magistrado Profesor Jorge Horacio Alterini- en cuanto fueren compatibles y no estuvieren modificadas por las normas específicas regulatorias del derecho de superficie, pueden resultar convenientes al redactarse el proyecto definitivo de enmiendas al Código Civil del Perú de 1984.

3. Por su parte el art. 210 de la propuesta de enmienda dice: "**El superficiario puede efectuar cualquier clase de trabajos en las construcciones, con las condiciones y limitaciones establecidas por la ley o por el título constitutivo**".

También el presente es un artículo nuevo que procura dejar establecido que el superficiario, en cuanto titular de un derecho de propiedad temporario, según acaba de verse, puede efectuar cualquier clase de trabajos en las construcciones, con el natural ajuste a las condiciones y limitaciones establecidos por la ley o por el título constitutivo.

4. Muy importante resulta el art. 211 de la propuesta que estamos considerando en cuanto dice que : "**El superficiario puede dar lo edificado en usufructo, arrendamiento o comodato total o parcialmente, salvo disposición contraria. El plazo de estos contratos no podrá exceder el del derecho de superficie**".

En la correspondiente Exposición de Motivos se indica con toda razón que se trata de otro nuevo dispositivo, que abre un abanico de posibilidades contractuales.

En efecto, la posibilidad de que el derecho superficiario pueda ser da-

do en usufructo, arrendamiento o comodato, total o parcialmente, salvo disposición en contrario, constituye un estímulo para la constitución de dicho derecho.

Naturalmente, que en todos los casos existe una limitación temporal para aprovechar de los beneficios de tales derechos, cual es el plazo de constitución de tal derecho de superficie.

5. La propuesta de enmienda propicia asimismo el agregado de dos nuevos artículos referidos a la constitución de hipoteca y al pago de los gastos de conservación y a los tributos.

Así, el art. 212, propicia la siguiente fórmula: "**El propietario del suelo puede hipotecarlo. La hipoteca que constituya no se extiende al sobresuelo ni al subsuelo en su caso, salvo lo dispuesto en el artículo 211",** en tanto que el artículo siguiente dice: "**El superficiario está obligado a sufragar los gastos de conservación del terreno y pagar todos los tributos que recaigan sobre el derecho de superficie y sobre la construcción, salvo disposición distinta".** Naturalmente la hipoteca hecha por el **propietario** no puede extenderse al sobresuelo o subsuelo, en su caso, pues ello afectaría al superficiario.

En relación al derecho que se asigna al **superficiario** para constituir hipoteca, debe decirse, que ello también constituye un aliciente en favor de este instituto.

No obstante, debe ponerse de resalto que se ha recordado que en Alemania, antes de la mencionada Ordenanza de 1919, la doctrina opuso graves inconvenientes a este tipo de gravámenes, dada la incertidumbre que representaba para el acreedor. Mas la cuestión fue mejorada en este ordenamiento, en el cual se aclaró que la hipoteca se extiende a todos los accesorios, las rentas, las indemnizaciones de las compañías aseguradoras, etc. También en Francia, se admite la hipoteca y registración de edificios construidos en suelo ajeno. Desde luego que la hipoteca no puede ir más allá del vencimiento del término pactado en la superficie, toda vez que un derecho derivado no puede tener mayores alcances que el derecho del cual depende, sin disposición legal expresa en contrario. Pensamos asimismo que en el caso de extinción del derecho de hipoteca constituida por el superficiario, regiría el principio de la subrogación real desde que el acreedor hipotecario estaría facultado para hacer efectivo su derecho sobre las indemnizaciones que el propietario del suelo deba (eventualmente) al superficiario (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., p. 91 y ss.).

También parece razonable sostener, que estando asentado el derecho de superficie sobre el terreno, el superficiario deba contribuir, conjuntamente con el propietario del inmueble, a sufragar los gastos de conservación del mismo, tal cual se propicia en dicho art. 213.

Y también resulta justo sustentar el criterio de que estén totalmente a cargo del superficiario, pagar **todos** los tributos que pesen sobre el derecho de superficie y sobre la construcción, habida cuenta que dicho superficiario tiene derecho de propiedad sobre las construcciones realizadas por encima o por debajo del suelo, según reza el art. 209 de la propuesta que hemos examinado anteriormente. Desde luego que cabe perfectamente una convención contraria al respecto, toda vez que ningún principio de orden público se halla en juego en el caso.

6. Finaliza el presente capitulo II de la propuesta de enmienda con el texto del artículo 204, que dice: "**Desde la constitución del derecho de superficie, el propietario debe inhibirse de cualquier acto perturbador o que dificulte o impida el ejercicio de los derechos del superficiario. En caso contrario, responde de los daños y perjuicios irrogados**".

Comentando el punto en el derecho italiano, sostiene Lino Salis en su recordada obra, que la constitución del derecho de superficie no implica que se impongan al **dominus soli** obligación alguna de desenvolver determinada actividad. Solamente estará obligado a no **obstaculizar** el ejercicio del correspondiente derecho por parte del superficiario. Estará obligado a observar un comportamiento puramente negativo. Se trata de una situación similar a la conducta que debe observar el titular del fundo sirviente en el caso de establecimiento de una servidumbre predial (Lino Salis, op. cit., p. 100).

Naturalmente, si el propietario realizase cualquier acto perturbador que dificultase o impidiese el ejercicio de los derechos por parte del superficiario, se abrirá a favor de éste la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que eventualmente pudiese haber sufrido.

IV. EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

1. La propuesta de enmienda dedica asimismo cinco artículos destinados a disciplinar lo relativo a la extinción del derecho de superficie.

Así, el art. 215 dice: "**El derecho de superficie se extingue: 1º Si el superficiario no construye la obra en el plazo pactado, o en su defecto, en el máximo legal, contado desde la fecha de constitución del derecho. De no hacerlo, el propietario recupera la plenitud de su derecho sin obligación alguna frente al superficiario. 2º Si destruida la obra total o parcialmente, el superficiario no la reconstruye dentro del plazo señalado en el inciso anterior, a contar desde la destrucción. 3º Por el transcurso del plazo pactado, o en su defecto del máximo que contempla el artículo 194, 4º Por consolidación. 5º Por desaparición o inutilización del suelo. 6º Por expropiación. En este caso, cada uno de los titulares tiene derecho a**

recibir la parte de la indemnización que corresponda al titular del respectivo derecho. 7º Si antes del transcurso del plazo establecido o del legal en su caso, el superficiario da al terreno destino diverso para el cual fue constituido".

Como se advierte, se han agrupado en el presente artículo en las distintas causales de extinción del derecho de superficie.

Desde luego, que encontrándonos en presencia de un derecho de propiedad, según ha quedado establecido precedentemente (art. 209, transcripto), también resultan de aplicación aquí las causales generales de extinción de este derecho.

También hemos señalado con anterioridad, que de conformidad a lo dispuesto en el art. 207, inc. 3, de la presente propuesta de enmienda, el superficiario tiene la obligación de realizar la construcción dentro de un plazo de cinco años. Además, de no haberse fijado este plazo, regirá tal plazo máximo, a dichos efectos.

En consecuencia, parece natural, que si el superficiario no construyere la obra en el plazo pactado, o en su defecto, en el máximo legal, el derecho de superficie se extinguirá, tal cual lo prevé el art. 215, inc. 1º.

Al producirse tal acontecimiento, el propietario recuperará la plenitud de su derecho, sin obligación alguna frente al superficiario. En efecto, el dueño del suelo recobrará la plenitud de sus facultades como propietario del mismo, comenzando a actuar nuevamente el principio de la accesión.

Nos permitimos sugerir en el presente punto, la conveniencia de incluir de modo expreso en la presente propuesta de enmienda, el instituto del denominado "ius edificandi" (derecho de edificar),en cuanto derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar),al igual que lo normado en el derecho italiano, suizo, boliviano, etc. Al respecto, ha dicho Domenico Barbero en relación al derecho italiano, que el derecho de edificar puede constituirse por disposición negocial (contractual o testamentaria) cuando el propietario del suelo da a otro el derecho de hacer o mantener encima de él una construcción propia. En este caso se tiene la llamada concesión ad aedificandum, derecho real sobre el suelo no propio, pero no todavía "propiedad superficiaria" (Barbero, Domenico, Sistema del derecho privado, t. II, Ejea, Bs. Aires, 1976, ps. 306/ 307).

En este sentido, el art. 3155 del referido Proyecto argentino de reformas al Código Civil, aprobado por la Cámara de Diputados el 3 de noviembre de 1993 y actualmente a consideración del H. Senado de la Nación, dice: "**El derecho de edificar se adquiere sólo por contrato y tradición o disposición de última voluntad y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez años. El derecho de edificar puede ser hipotecado**". Oportunamente hemos sostenido que el contra-

to respectivo que da nacimiento al referido **derecho de edificar** deberá ser formalizado por escritura pública en los términos del art. 1184, inc. 1º, del Código Civil argentino y tratándose de un derecho real sobre inmueble ajeno, será menester su inscripción en el registro respectivo a los fines de su oponibilidad a terceros interesados, pues nos encontramos en presencia de una inscripción registral declarativa (v. nuestra "**Ley Nacional Registral Inmobiliaria. Ley 17.801. Comentada. Anotada.**" Ed. Hammurabi, Bs. As., 1989, Buenos Aires, 1989, ps. 40, 249 y 268, en colaboración con Marta Marcolin de Andorno).

El inciso segundo del art. 215 de la propuesta que estamos examinando, disciplina lo que ha dado en llamarse el "derecho de reconstrucción". En efecto, frente a la eventualidad de la destrucción total o parcial de la obra, el superficiario está facultado para reconstruirla dentro del plazo legal. Ello está previsto de modo expreso asimismo en el art. 954 del moderno Código Civil italiano de 1942, como así en el art. 206, párrafo segundo del Código Civil de Bolivia de 1976.También el art. 3158 del referido Proyecto argentino de la Cámara de Diputados de la Nación prevé la siguiente fórmula:" "**El derecho de superficie no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción, si el superficiario edifica nuevamente en el plazo de diez años, o en el menor que se determine**" (Remitimos a nuestro referido trabajo publicado en entrega de Jurisprudencia Argentina del 29 de diciembre de 1993). Añádase que el art. 1033 del Código Civil del Perú de 1984 dispone por su parte que: "**El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido**". Con acierto, la propuesta de enmienda, siguiendo la orientación de otras legislaciones, fija un plazo razonable para proceder a dicha reconstrucción de la edificación destruida.

El inciso tercero del presente art. 215 prevé la causal de extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo pactado, o en su defecto por haberse arribado al plazo máximo establecido por la ley, que es el de treinta años.

En tal supuesto vuelve a operar en plenitud el referido principio de accesión, produciéndose asimismo la reunión en la persona del **dominus soli,** de la propiedad de lo construido.

El inciso cuarto prevé la causal de extinción del derecho de superficie por consolidación. Tal supuesto se da cuando se reúnen en una misma persona la titularidad del derecho de superficie (o la propiedad de la construcción) y la propiedad del terreno. Se trata de una situación similar que puede producirse asimismo en el caso de los institutos del usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc. Nada de particular es dable observar en torno a este modo de extinción de la superficie, que un sector de la doctrina ha llamado asimismo **confusión,** toda vez que ello no es más que una consecuencia de la especial circunstancia de que dicho derecho de superfi-

cie necesariamente tiene como asiento un inmueble ajeno (cf. Lino Salis, op. cit., p. 136).

Obviamente, también se producirá la extinción del derecho de superficie en el supuesto de desaparición o inutilización del suelo, conforme lo prevé el inciso 5o. del presente art. 215, pues en tal caso dicho derecho no podrá ser ejecutado adecuadamente.

El inciso 6o. prevé la causal de extinción por expropiación. En tal caso dice la norma que "**cada uno de los titulares tiene derecho a recibir la parte de la indemnización que corresponde al titular del respectivo derecho**".

Ello es así por cuanto la expropiación pone la cosa fuera del comercio. En este caso, el justiprecio que se pague deberá distribuirse entre el superficiario y el **dominus soli,** en proporción al valor de los derechos de uno y otro al tiempo de verificarse la expropiación (cf. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., p. 60 y Carlos Cárdenas Quirós, trab. allí citado). Una solución similar prevé el art. 1542 del Código Civil de Portugal de 1967.

Finalmente, el inciso séptimo señala que el derecho de superficie se extinguirá asimismo cuando el superficiario diere al terreno un **destino diverso para el cual fue constituido.**

Ello responde a la especial circunstancia de que a los fines del nacimiento del derecho de superficie, el terreno deberá tener un destino específico: levantar una edificación en el mismo. Si se diere al terreno un destino diverso, se desnaturalizaría tal propósito y la extinción del derecho sería su consecuencia ineludible. Ello ocurriría por ejemplo si en el derecho peruano, boliviano o italiano, se destinase el terreno para incorporar al mismo plantaciones.

2. Una norma importante es la incorporada al art. 216 de la propuesta de enmienda, al propiciar el siguiente texto: "**Transcurrido el plazo por el cual fue constituido el derecho de superficie o, en su defecto, el contemplado en el segundo párrafo del artículo 194, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor actual, salvo disposición distinta**".

En efecto, el transcurso del plazo, en los supuestos contemplados por este articulo, operará naturalmente la reversión de la propiedad construida al "**dominus soli**".

La regla general será la de que el propietario del suelo adquirirá la propiedad de lo construido, reembolsando su valor actual, salvo pacto en contrario.

Pensamos asimismo que el superficiario podrá ejercer el derecho de retención sobre lo edificado, hasta tanto el **dominus soli**, abone la indemnización correspondiente.

Una fórmula similar encontramos en el art. 3158, in fine, del referido Proyecto argentino de reformas al Código Civil de la Cámara de Diputados, que reza: "**Producida la extinción del derecho real de superficie, el propietario extiende su dominio sobre las obras efectuadas que subsistan, indemnizando al superficiario salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento**".

En el mismo sentido cabe recordar también que el art. 1538, inc. 2º del Código Civil de Portugal de 1967, dispone: "**Salvo extinción en contrario el superficiario tiene en este caso, derecho a una indemnización, calculada de conformidad a las reglas del enriquecimiento sin causa**".

En el presente comentario resulta de interés recordar que se ha sostenido en el Derecho italiano que cuando en el negocio de constitución del derecho de superficie "por tiempo determinado", se haya establecido la obligación del **dominus soli** de **pagar** al propietario de la construcción en el momento en que la misma pasará al patrimonio de aquél por el vencimiento del término, el derecho a cobrar tal compensación deberá ser reconocido a favor de la persona a cuyo favor fue estipulada la misma. De este modo, esta persona tendrá derecho a tal compensación, aun cuando una persona distinta sea titular del derecho de superficie al momento del vencimiento del término (Lino Salis, op. cit. p. 112).

Frente al texto del presente artículo 216 de la propuesta de enmienda que solamente dice que "**el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor actual.**", creemos que la posibilidad mencionada, de reembolsar tal valor actual a una persona distinta al titular originario o anterior del derecho de superficie, admitida por la doctrina italiana, puede también resultar de aplicación en el derecho peruano, a condición de que se hubiere pactado oportunamente tal alternativa.

3. Por su parte, el art. 219 de la propuesta de enmienda dice: "**Si el superficiario se excede en el ejercicio de su derecho o viola las obligaciones asumidas, el propietario puede: 1. Invocar la cláusula resolutoria expresa, en caso de haber sido pactada. 2. Invocar lo establecido por el artículo 1429 del Código Civil. 3. Solicitar judicialmente la resolución del derecho de superficie**".

Se trata de un artículo nuevo, respecto del cual no hemos encontrado precedentes en la legislación comparada, pero que tiene un fundamento indiscutible.

En efecto, si se parte del presupuesto de que la constitución del derecho de superficie significa el nacimiento de derechos y obligaciones, tanto por parte del "**dominus soli**", cuanto por parte del superficiario, será natural que si este último se excediese en el ejercicio de su derecho o violase las obligaciones asumidas, el propietario estará plenamente facultado pa-

ra solicitar la resolución del derecho de superficie, en los distintos supuestos previstos en dicho texto, con la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que pudieren haberse causado con motivo de tal comportamiento ilegal.

4. El penúltimo artículo del presente capítulo III dice que: "**La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos reales y personales constituidos por el superficiario**".

En la correspondiente Exposición de Motivos se dice que se trata de un nuevo precepto, que resulta de la aplicación del principio según el cual lo accesorio sigue la suerte del principal.

Una disposición similar encontramos en el articulo 1539 ,inc. 1º, del Código Civil de Portugal de 1967 que prescribe: "**La extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo fijado importa la extinción de los derechos reales de goce o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio de tercero**".

También se ha recordado que de acuerdo a lo dispuesto por el real decreto español Nº 1346/1976 que aprueba el texto refundido de la ley del suelo y ordenación urbana, en caso de extinción del derecho de superficie por el transcurso del término, se extinguen todos los derechos reales o personales constituidos por el superficiario. De esta manera, los contratos de locación, los gravámenes reales, etc., no podrán ser oponibles al dueño del suelo. Así por ejemplo, un acto de administración (v. gr., un contrato de arrendamiento) celebrado por el superficiario, nunca podrá tener un plazo de duración superior al de la superficie, sin consentimiento del dueño del suelo (cf. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., ps. 65/66).

5. Finalmente, el artículo 219 de la propuesta que estamos considerando, dice: "**Los derechos reales constituidos por el propietario se extienden a la edificación por efecto de la extinción del derecho de superficie**".

En la correspondiente fundamentación se pone de resalto que se trata de otro articulo nuevo, destinado a establecer el destino de los derechos reales constituidos por el propietario, señalando con espíritu justiciero y de equidad que se extienden a la edificación en los casos en que se extingue el derecho de superficie.

El articulo prevé a nuestro juicio la hipótesis de constitución de un derecho real, v. gr., una hipoteca, por parte del **propietario** sobre el terreno, que naturalmente, al producirse la extinción del derecho de superficie, hará que lo edificado esté también comprendido como objeto de tal derecho real de garantía, en razón de que el **dominus soli** ha retornado a la propiedad plena, que comprenderá naturalmente el suelo y lo edificado.

V. BALANCE EN TORNO A LA PROPUESTA DE ENMIENDA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE.

En los párrafos precedentes ha quedado reflejada nuestra opinión en torno a la propuesta de enmienda sobre el Derecho de Superficie elaborado por la respectiva Comisión de Trabajo.

Conforme a lo anticipado al comienzo del presente comentario, hemos procurado así efectuar nuestro modesto aporte a la presente reunión científica en la que se analiza la aplicación del Código Civil del Perú, a los diez años de vigencia de este cuerpo legal, con el propósito de propiciar las reformas que fueren menester a los fines de que el Derecho acompañe los nuevos tiempos que nos tocan vivir.

Como bien lo pone de relieve el Sr. Ministro de Justicia Fernando Vega Santa Gadea, en su Presentación de la Edición Oficial Conmemorativa del Décimo Aniversario del Código Civil del Perú (1984-1994), en este lapso la norma ha ido revelando aciertos y errores, siendo evidente que dado el tiempo transcurrido, es necesario hacer un balance de su aplicación porque pasada una década se presentan ahora situaciones que el legislador de entonces difícilmente hubiese podido prever. Los acelerados cambios que la ciencia y la tecnología nos presentan y las nuevas corrientes del pensamiento jurídico exigen su inclusión y tratamiento en el Código.

Como catedrático de Derechos Reales y autor de trabajos doctrinarios sobre dicha rama del Derecho Civil en la República Argentina, desde hace más de tres décadas, podemos afirmar sin hesitación que el derecho de superficie, eclipsado hasta el siglo pasado en los diversos países europeos y americanos, ha cobrado singular vigor y actualidad en el presente siglo, plasmando en realidad normativa en diversos cuerpos legales.

Estamos persuadidos de que dicho instituto está llamado a desempeñar un papel muy importante tanto en el Perú como en la República Argentina y en la mayor parte de los países del mundo, en esta denominada etapa del urbanismo, donde principalmente la edificación con destino a viviendas y otras necesidades adquieren una gran trascendencia y proyección social.

Expresamos nuestra viva complacencia por la labor desarrollada por los miembros de la Comisión de Trabajo que ha elaborado la presente propuesta de enmienda que hemos analizado con afectuosa confraternidad intelectual. Se trata de un trabajo serio, responsable, orgánico, que recoge las mejores concepciones modernas en la materia. Un fruto más de la magnifica Escuela Peruana de Derecho Civil, cuya labor sostenida seguimos muy de cerca los juristas argentinos, como así los de los diversos centros científicos del mundo. Se trata sin dudas de un proyecto de regulación muy completo y acabado en torno al derecho de superficie.

Con el deseo ferviente de que este tesonero trabajo, con nuestro pequeño aporte y el de otros juristas venidos de distintas partes del mundo y el esclarecedor debate que se desarrollará en este encuentro jurídico, se introducirán modificaciones al Código Civil del Perú, en el ámbito del derecho de superficie -como así respecto de otras instituciones- damos término a la presente colaboración, agradeciendo a los organizadores por la deferencia de habernos invitado a participar de este importante certamen internacional.

UNIVERSIDAD DE LIMA
BIBLIOTECA
34664 46822
M44
C.1
ck-U 2001

PRODUCCION GRAFICA
EDESA
Ediciones Especiales S.A.
☎ 516067