

LA PERSONA HUMANA DE BORDA

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI *

A todos nos ha dolido la muerte del ilustre jurista argentino Guillermo A. Borda sobretodo a aquellos que compartimos con él una vivencia, una conversación, una experiencia, la lectura de una de sus tantas obras o, como es mi caso, una relación académico-parental. Explicar esta última parte me parece interesante, no por una cuestión personal, sino por rescatar el hecho que Borda dejó mucho en nuestro país en los jóvenes estudiantes, en los forjados abogados y en los incansables investigadores del Derecho y que alguno de sus actos no fueron conocidos.

Hace poco el profesor cordobés Luis Moisset de Espanés me envió un mail cuyo tenor, sencillo pero con fuerza indagatoria, me planteaba: "Con motivo del fallecimiento de don Guillermo A. Borda me han solicitado unas líneas recordatorias para una Revista Jurídica. Me acordé entonces que en un viaje a Lima, en que coincidí con él, una promoción de estudiantes universitarios lo había designado su 'patrono'. Pedí informes a Juan Espinoza Espinoza, que buscó en las Universidades de Lima y Católica, sin que supie-

ran darle ninguna referencia. Me dirigí entonces a la familia de Borda y su hijo Alejandro, a quien le escribí ayer, respondió de inmediato, expresándome que ese patronato fue de la Universidad de Lima, en 1991, y que uno de los alumnos de la promoción era Enrique Varsi Rospigliosi. Por esa razón te escribo "¿Podrás confirmarme estos datos, y completarlos?". El mail de Moisset me trajo muchos e inolvidables recuerdos. Mi universidad, las aulas; mis profesores, los amigos (entre ellos algunos que, incluso, han partido). No sabía como borrarlos de mi mente o dejarlos de lado pues debía contestarle con premura y objetividad.

Era el primer semestre del año 1990. Egresaba la X Promoción de estudiantes de Derecho de la Universidad de Lima la que acordó por unanimidad solicitar a don Guillermo Borda su padrínazgo y es que nos sentíamos identificados con él. Lo habíamos oído tan bien y visto tantas veces pasear por la Facultad, por nuestras aulas, siempre cordial, de franca sonrisa, aceptando a cuanto alumno se acercaba para preguntarle una duda o su opinión respecto de algún caso estereotipado

* Integrante de la X PROMOCIÓN "GUILLERMO BORDA", Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima.

producto de la imaginación. Un día, previa coordinación con nuestro Decano don Carlos Torres y Torres Lara y el Director del Centro de Investigación Jurídica don Carlos Fernández Sessarego, pedimos una audiencia (así la denominamos) con Borda aprovechando que estaba en nuestra Universidad para pedirle nos honre como padrino de nuestra promoción. Ese día -el de la audiencia- fue muy especial para nosotros (esta frase se la reseñé con algo de temor a Moisset) pues en ese entonces éramos meros egresados de las frías aulas universitarias y no sabíamos cómo plantearle la solicitud a un hombre de una vasta experiencia, escritor incansable y trajinado varón en las artes del Derecho. Fue todo un caso. Habíamos preparado un discurso para leerse pero éste se perdió en una de las carteras de las atregladísimas chicas de la delegación (todas buscaban y vaciaban cuantas cosas inimaginables lleva una mujer en el bolso pero lo buscado, eso -el discurso-, nunca apareció). Una de ellas en un ataque de pánico y de culpa indirecta lo miró y le dijo "¡Nooo!, ...lo que pasó es que queremos que sea nuestro padrino de promoción..." Nosotros nos contempábamos uno a uno. ¡No sabíamos qué hacer!. Se había roto la formalidad. Borda, impasible pero siempre con aquella sonrisa que transmitía tranquilidad y paz, nos observó (éramos, creo, 6 ó 7) y dijo "... muchachos para mí es un honor pero sobre todo un compromiso enorme, les agradezco". Esas palabras las llevo siempre en mi corazón, pues aquel hombre de Derecho, profundo, exhaustivo y meticuloso para analizar instituciones jurídicas se presentaba como uno más de nosotros.

Luego, yo entré a colaborar con mi maestro Fernández Sessarego en el Centro de Investigación y traté más y mejor a

Borda, conocí su humanidad. Alguna vez me recordó aquel incidente y es que el padrino a pesar de la distancia recordaba a uno de sus ahijados. El tiempo, impredecible y avasallador, llevó a cada quien por su destino, y así fueron pasando los días, los meses y los años. A fines de junio pasado estuve con Alejandro y Guillermo, sus hijos, en Cajamarca. Coincidimos en la "II Convención Hispanoamericana de Derecho" organizadas por la Universidad Privada San Pedro (sede Cajamarca) y la Universidad de Castilla La Mancha (España), y les comenté mi relación con su padre "soy ahijado de Borda, pues es el padrino de mi promoción". En esa fecha me enteré de lo delicado de su estado.

Recibí la noticia de la fallecimiento de Borda estando fuera del Perú. No sabía cómo contactarme con la familia, temo haberlo hecho un poco tarde y sin la forma debida. Además, no sé si le llegó un obsequio que le envié a fines de junio, mi tesis doctoral publicada con una dedicatoria al padrino que se encontraba recuperando en salud. Quizá el correo no pudo con el destino, no lo sé en verdad y no me atrevía a indagarlo. Luego Guillermo me confirmaría que sí había llegado la encomienda y que "tuvo la suerte de poder leerle a papá tu cariñoso recuerdo de la dedicatoria de tu libro 'Filiación, Derecho y Genética'; fue su último contacto con algo jurídico, estaba muy emocionado y se recordaba perfectamente del padrinazgo". Ello sin duda me compromete.

Disculpen si me haya extendido en demasía. Sólo quiero decirles que en efecto soy de la X Promoción de Derecho de la Universidad de Lima que lleva el nombre "Guillermo A. Borda". Me siento orgulloso y con un compromiso enorme de serlo, frase ésta que me atrevo decir lo he heredado de Borda.

Recensión a la última obra intelectual de Borda

Bajo la delicada y técnica dirección del maestro argentino Guillermo A. Borda se ha editado una obra colectiva que trata las principales instituciones relacionadas a *La persona humana* y es éste justamente el título con el que Editorial La Ley (Buenos Aires, 2001) contribuye una vez más a enriquecer el pensamiento y la bibliografía en esta materia trascendental. Como dice Borda en su conciso pero claro prefacio "la idea de esta obra ha sido convocar a destacados autores para tratar los distintos y ricos temas que envuelve la persona humana desde el punto de vista jurídico", la tarea no es nada fácil pues nada hay más complejo y cambiante que el propio ser humano. Tratarlo teóricamente y esquematizar un pensamiento jurídico en torno a la persona siempre resulta insuficiente, la variedad de contenidos y de circunstancias hace del análisis una labor inagotable a lo que suma el matiz pluridisciplinario del tema, sin embargo el tino en deducir lo cautivante del quehacer legal de la persona en un momento dado es básico para que una obra sea de interés y esto vemos reflejado en el sentir de cada una de las colaboraciones que conforman este gran trabajo.

Esta labor de cernir las principales instituciones que se vinculan con la persona para ser desarrolladas en una investigación, sin desmerecer ni dejar en olvido otras, desde ya implica un fino criterio y una concluyente experiencia en la investigación, de allí que nadie mejor que Borda para compendiar los tópicos de esta obra.

Con el tema el "Principio de la existencia de la persona humana" se abre este estudio, en ella Guillermo Borda presenta las siempre interesante interrogante

acerca del inicio la vida (concepción) y desde cuándo se adquiere la calidad de persona (nacimiento), como un sujeto de derecho. Asimismo, se trata el tema de la capacidad y representación del concebido, intuyéndose su calidad de sujeto de derecho especial, a efectos de salvaguardar sus derechos y obligaciones, en legítima aplicación de la teoría de la relación jurídica subjetiva.

Arias de Ronchieto presenta a la "Persona humana, Ingeniería genética y procreación artificial" y es que, la procreática, la genómica y la investigación humana (experimentación y manipulación genética) tiene un contenido que no sólo abarca las concepciones civilísticas sino que a la fecha están determinadas por un fuerte matiz bioético haciendo surgir una nueva ciencia: el bioderecho en la que debe pensarse no sólo en proteger al ser humano, como individualidad, sino a la especie humana, como colectividad, lo que implica un paso para la nueva categorización del sujeto de derecho.

Mazzinghi estudia "La interrupción del embarazo: El aborto" partiendo de la premisa que mientras de un lado hay una liberalización de las formas de generación de vida mediante las técnicas de reproducción por otro la eliminación de la vida en formación (*in utero* o *ex utero*) va elevando sus índices, no sólo estadísticos, sino de permisibilidad legal siendo esto contrario a la esencia de la vida pues el aborto carece de toda justificación jurídica, siendo ésta la preocupación del autor.

Augusto Morello escribe sobre "El fin de las personas físicas y la muerte presunta" partiendo de la idea que la muerte, como hecho biológico y jurídico, genera tremendas consecuencias jurídicas de allí que merezca siempre un tratamiento legal

especial. A ello se suman los nuevos descubrimientos científicos acerca de su acaecimiento y también las formas derivadas mediante las que se da por acabada la vida tales como la declaración de muerte presunta y otras no directamente vinculadas, sino más bien paralelas, como es el caso de la ausencia.

Massini y Zambrano se preguntan si "¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?". Luego de su análisis teórico concluyen que el derecho a morir, derecho a la muerte o a la disposición de la propia vida no son propiamente derechos de la persona ya que la vida humana, digna y por demás sagrada (sacralidad) no puede estar supeditada a la autodeterminación de la propia persona e indican que "sólo puede hablarse de derecho humano o derecho de la persona humana cuando éste se ordena a resguardar y transformar en indisponible ese núcleo de humanidad que no puede ser afectado no sólo por los poderes humanos ajenos al sujeto, sino ni siquiera por su mismo titular".

Bueres trata apasionadamente el "Transplante de órganos" entretejiéndolo dogmáticamente como un acto de libre disposición del cuerpo humano que faculta a una persona a ceder una parte de su cuerpo, con fines humanitarios, para beneficiar la salud o salvar la vida de otra persona. Sin embargo, su tratamiento jurídico, conforme denota el autor, no es uniforme ni tampoco logra satisfacer las necesidades de seguridad que requiere dada la trascendencia sobre la persona y su esencia biológica y espiritual. Deja esbozado temas de interés como la donación de órganos internacional, la exportación o importación de órganos, el consentimiento y capacidad del dador, la gratuidad, la revocabilidad del acto, la disposi-

ción cadavérica y como colofón la responsabilidad por daños derivada de los transplantes.

Alejandro Borda se desarrolla con "La capacidad", tema de capital importancia tanto como atributo o estado de la persona como por los efectos que determina en el mundo de las relaciones obligacionales. Es por ello que todo estudio merezca singular atención más aún a la fecha en que la capacidad, tanto en la doctrina como en el Derecho comparado, viene siendo materia de análisis para su reformulación y también para su unificación, dado que las normas que la regulan son tradicionales, enraizadas en conceptos superados por otras ciencias, lo que ha determinado que muchas de ellas sean arcaicas. El marco legal de la capacidad es otro problema ya que de por sí es disperso, dado que según el tipo de Derecho (civil, comercial, laboral, etc.) se dictan las normas típicas, lo cual resulta poco correcto de acuerdo a una lógica política legislativa.

Tobías trata el tema de "La enfermedad mental" apoyándose en el hecho que el estudio del enfermo mental en el Derecho privado se ha incrementado considerablemente en los últimos tiempos y muchas leyes han reordenado sus postulados a propósito del desfase existente en la protección y seguridad del minorado psíquico y del enfermo mental. A todo ello deben sumarse el hecho que el avance de la psiquiatría impone actualizar los criterios jurídicos decimonónicos sobre este asunto.

Mattera y Noya analizan a "Los inhabilitados". A diferencia de la insania o incapacidad, la inhabilidad es una situación jurídica especial que se le otorga a determinados sujetos a fin de proteger su per-

sona y patrimonio. La afectación que sufre la persona, que lleva su inhabilitación, es del orden de sus deficiencias morales, psíquicas o de conducta lo que afecta su discernimiento. De esta manera se da un tratamiento especial al ebrio habitual, al toxicómano, al disminuido en sus facultades mentales (débil mental, deterioro mental; senectud y senilidad, enfermedades físicas: ceguera total, insuficiencia cardíaca severa); al prodigo. En base a un sistema más moderno y siguiendo la teoría de la incapacidad relativa, los autores estudian la inhabilitación directa y claramente.

Aída Kemelmajer presenta un tema nuevo "El derecho del menor a su propio cuerpo". Luego de la lectura de esta investigación tendremos un horizonte más claro, o quizá distinto, acerca del verdadero derecho personalísimo del niño sobre su propio cuerpo. La autora partiendo del derecho al consentimiento informado del niño para los actos médicos, de la patria potestad, del interés superior del niño y de éste como paciente, analiza aquellos casos especiales en los que la decisión del menor, analizada las circunstancias, puede ser aceptada y se citan casos como: uso de anticonceptivos, consentimiento para investigaciones médicas, trasplantes, entre otras, claro está que los criterios no son unánimes sino que deben ser aplicados en cada caso concreto.

Santos Cifuentes promueve una investigación sobre "La protección de la intimidad y la libertad de prensa" siendo esta última (entendida la escrita, oral, radial, televisiva e informática) la que viene atentando contra la privacidad de la persona. Parte de la premisa que la idea tradicional de considerar al derecho a la intimidad como derecho madre, aglutinador, de

otros derechos como el honor, la identidad y la imagen (por citar algunos) es absolutista y no permite un desarrollo real de la esencia espiritual del ser humano. Es por eso que resulta necesario tener en cuenta las cualidades de la persona y circunstancias de cada caso a efectos de determinar la culpa o el dolo en la intrusión o justificación a la vida privada.

Mosset Iturraspe nos lleva a "El habeas data en el Derecho privado" de manera muy singular y es que esta es una institución típica del Derecho constitucional, una acción de garantía. Su surgimiento es producto del desarrollo tecnológico y es que el avance de los medios de comunicación no sólo representan un beneficio a la persona sino que, en muchos casos, también un perjuicio. Tal es el hecho que el almacenamiento en base de datos de información -generales y sensibles- referente a un individuo abre un nuevo rumbo en la protección de la persona a través del reconocimiento del derecho al acceso, rectificación y supresión de los datos, todo ello dentro del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa. La noción esencial, que impera en este trabajo, es proteger los datos personales.

Fernández Sessarego hace gala de su concepción iusfilosófica con "El daño a la persona". Para afrontar esta compleja temática parte de la existencia, de la libertad, de la voluntad y la situación del ser humano. Desentraña los diversos tipos de daños en una interesante categorización: el daño en atención a su naturaleza y el daño en cuanto a las consecuencias; en atención a la calidad ontológica del ente, el daño puede ser subjetivo (daño a la persona) u objetivo (daño a las cosas); en cuanto a las consecuencias o perjuicios derivados, el daño puede ser patrimonial

o extrapersonal (cuantificables dinerariamente) o extrapatrimoniales o personales (no cuantificables económicamente). También nos presenta una nueva sistematización del daño a la persona: daño sicosomático (daño biológico, daño a la salud) y el daño al proyecto de vida.

Finalmente, Guillermo Julio Borda muestra el espectro jurídico de la persona moral y de sus integrantes en "Persona jurídica y persona humana: El abuso de la personería". Se centra en un tema trascendental que es la desestimación de la personería jurídica del ente colectivo, es decir aquella situación en la cual la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica, con sus propias responsabilidades y atribuciones asumiendo directamente las consecuencias por sus actos, se ve desarticulada cuando sus integrantes abusan -dolosa o fraudulentamente- o se exceden en sus facultades llevando a la persona jurídica a realizar operaciones fuera de sus atribuciones legales. "Es decir cuando la persona jurídica viola los límites que le ha fijado el ordenamiento jurídico, la radical separación entre sociedad y los socios pierde toda razón de ser", esta es la teoría del *disregard* que viene siendo asumida textualmente en muchas leyes.

En toda la obra vemos estudios serios y que ofrecen aportes al Derecho y es que trata nada menos que de la persona humana, que es la esencia de nuestro quehacer profesional, la misma que es materia de tantos razonamientos. Así tenemos que la atribución del *status* de sujeto es controvertida ya que envuelve el tecnicismo y la ideología. Ser sujeto para el Derecho implica estar en él, ser parte de él, beneficiarse de su máxima protección. Soy, por ende, sujeto de derecho, por mi

situación de ser humano, elemento indispensable. Y es que la persona es el ser en permanente y en constante actividad social. Un animador con un rol protagónico de estilo comunal y colectivo. Sus relaciones son de orden estrictamente interpersonal, de coexistencia y de convivencia. No es él solo. Es él con los demás. Vive, actúa, crece, produce y muere en sociedad. Esta constante y permanente actividad colectiva ha determinado que el Derecho le preste atención y tienda a regular sus relaciones. El ordenamiento jurídico denomina persona a aquel ser humano que interactúa en sociedad. Ahora bien, la vida en sociedad es cambiante y exige que el ser humano adecue sus comportamientos, individuales y grupales, es por ello que dentro de la teoría del sujeto de derecho se ha generado una división en cuanto a la persona se refiere: una que es la individual, el ser humano como unidad sico-bio-social, llamada persona natural cuyo origen es el nacimiento y otra que es la colectiva -como conjunto de individuos o entidades- llamada la persona jurídica, cuyo origen es la inscripción en el Registro.

En definitiva, de esta magna obra resulta obvio reafirmar que el ser humano es el actor principal en las relaciones sociales, el protagonista del Derecho. En torno a él se desarrolla el ordenamiento normativo pues merece una defensa real de sus intereses y exige protección. Lo que resulta necesario, para su adecuado y eficiente resguardo legal, es categorizar la vida humana, es decir darle el matiz y contenido jurídico. Tarea poco sencilla si sumamos el hecho que muchas disciplinas vienen estudiando la vida -en sus diversos estadios, formas, situaciones- le corresponde legítimamente al Derecho determinar su contenido real jurídico.

Pero, entender el significado legal del ser humano no es tarea sencilla, además no se trata de una cuestión meramente semántica o terminológica, sino de la importancia que representa en cada disciplina el ser humano.

Concluyo haciendo más las palabras

de Borda diciendo que ésta es "una obra profunda desde el punto de vista teórico y útil desde el punto de vista práctico" y agradezco póstumamente al maestro por habernos dado tanto, por haber sido tan generoso, reconociendo el legado que nos deja como persona y como ser.