VICTOR GUEVARA PEZO

PERSONAS NATURALES

Libros Derecho Perú

GACETA JURIDICA

EL AUTOR

VICTOR GUEVARA PEZO

Abogado, con estudios en las universidades San Antonio Abad, de Cuzco, y Mayor de San Marcos, de Lima.

Hizo estudios de Desarrollo Social y Económico en el proyecto 102 de la OEA, Buenos Aires, y de Desarrollo Directivo y Gerencial en la Universidad de Piura.

Profesor en las facultades de Derecho de las universidades de Lima y Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ)

Ha sido, por muchos años, gerente de la Asesoría Legal de Petroperú y Director de varias empresas.

Autor de numerosos artículos en materia civil, principalmente acerca de tópicos referentes a Derecho de las Personas y Derechos Reales.

Coautor y coordinador de la obra colectiva, en tres tomos, Instituciones del Derecho Civil, Visión Histórica, editada por la UNIFÉ y auspiciada por la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, en la que desarrolla el capítulo correspondiente a Derechos Reales.

GACETA
JURIDICA

☎ (01) 446-1787 / (01) 444-9246 / TELEFAX: (01) 241-2323
Av. Angamos Oeste 526 - Miraflores / Lima
E-mail: postmaster@gacetajuridica.com.pe

VÍCTOR GUEVARA PEZO

PERSONAS NATURALES

NOCIONES INTRODUCTORIAS / EL LIBRO DE PERSONAS DEL CÓDIGO DE 1984 / SUJETOS DE DERECHO / EL CONCEBIDO / DERECHOS DE LA PERSONA / NOMBRE / DOMICILIO / CAPACIDAD DE DERECHO Y CAPACIDAD DE EJERCICIO / AUSENCIA / MUERTE

GACETA JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES / LIMA - PERU
☎ 446-1787 / 444-9246 TELEFAX: 241-2323
E-mail: postmaster@gacetajuridica.com.pe

A Elisa, Elisita Gracia, Malito y
Víctor Gustavo, con amor y
agradecimiento

PRÓLOGO

Conocí al doctor Víctor Guevara Pezo en 1984, año en el que me incorporé como docente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a mi retorno de una permanencia fuera del país. Compartimos, con distintos grupos de alumnos, la enseñanza del primer curso de Derecho Civil cuyo contenido era el Derecho de las Personas. Durante doce años –tiempo que duró mi actividad como profesor en dicha Facultad– colaboramos muy estrechamente en diversas tareas académicas que concitaron siempre nuestro común interés.

Participamos, así, en la organización de diversos exitosos congresos internacionales que congregaron a destacados profesores de diversas latitudes y a través de los cuales cumplimos una doble e importante función. Pretendíamos mediante tales encuentros lograr, por una parte, el hacer conocer y recoger experiencias y juicios críticos sobre nuestro flamante Código Civil de 1984 y, por otra, la de beneficiarnos, tanto los operadores del Derecho como los estudiantes, con la enseñanza de maestros europeos y latinoamericanos de primer nivel que nos visitaron durante dicho período de tiempo. Entre dichos certámenes cabe recordar el congreso internacional celebrado en 1994 para conmemorar los diez años de la promulgación del Código Civil,

el mismo que congregó a treinta y cinco profesores extranjeros que actuaron como ponentes y que contó con una asistencia de alrededor de dos mil quinientas personas entre magistrados, abogados y alumnos de Derecho de todo el país.

Entre los profesores que nos visitaron en los doce años que trabajamos juntos en la mencionada universidad, recordamos la grata presencia entre nosotros de notables profesores de la talla de Pietro Rescigno, Francesco D. Busnelli, Luis Díez-Picazo, Francois Chabas, Guillermo A. Borda, entre otros. Los trabajos presentados por estos reputados maestros y por muchos otros distinguidos juristas en dichos congresos internacionales, han sido recogidos en sendos volúmenes que fueron apareciendo, sucesivamente, entre los años de 1986 y 1995. Ellos constituyen una importante fuente de consulta en el área del Derecho Civil y han de servir, asimismo, para quien o quienes, en un futuro, asuman la tarea de elaborar la historia de nuestro Derecho Civil.

Recuerdo también la contribución que brindó el autor de este libro al Centro de Investigación que funcionó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima entre 1990 y 1996, año en que concluyó mi misión docente en dicho centro de estudios. Cabe también señalar su activa y valiosa intervención en el trabajo colectivo dedicado a la revisión crítica del texto del Libro Primero del Código Civil, sobre el Derecho de las Personas, entre los años 1991 y 1994, motivados por un perenne afán dirigido a perfeccionar y actualizar su texto. Los resultados de esta labor sirvieron de base al trabajo emprendido por la Comisión de Reforma del Código Civil, encargada de dictar una ley de enmiendas, la misma que iniciara sus funciones en 1995 incentivada por el aporte que le brindara la universidad peruana y que aún continúa en actividad.

En la actualidad, el profesor Guevara Pezo sigue enseñando, con dedicación, esmero y reconocida calidad académica, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, habiéndose también incorporado a la plana docente de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE), universidades a las que se encuentra ligado desde hace muchos años. El autor de este libro es, pues, un abogado que siente vocación y pasión por la docencia, por ese llamado íntimo a transmitir a los alumnos no solo conocimientos sino fundamentalmente una formación integral donde la ética es un ingrediente de primer orden. Ética que, básicamente, se enseña con el ejemplo de una vida recta y dignamente vivida.

La obra que prologamos es así el maduro fruto de la experiencia docente de Guevara Pezo en el área del Derecho de las Personas. Ella trasunta de forma didáctica, y con un estilo claro y directo, los conocimientos acumulados durante largos años de enseñanza así como contiene valiosos juicios críticos sobre el Código Civil, los mismos que enriquecen el libro que tenemos entre manos. El volumen que prologamos, por lo demás, es una de las escasas obras que se han escrito sobre la materia en nuestro país, lo que acrecienta su valor y utilidad.

Por todo lo anteriormente expresado sobre la trayectoria académica de Guevara Pezo, resulta sumamente grato y satisfactorio prologar la obra de un profesor dotado de talento, de agudo sentido crítico, estudioso, de recta trayectoria personal, de reconocido prestigio y seriedad profesional. Me complace, por ello, presentar un trabajo que ha de contribuir, muy eficazmente, a la enseñanza y difusión de los derechos de la persona, que son aquellos que inspiran y sobre los que se sustentan todos los demás derechos civiles. El libro ha de ser, además y por sus propios méritos, una obligada fuente de consulta para quienes han de abordar un trabajo cuya materia sea el Derecho de las Personas.

El Derecho, bien lo sabemos, gira en torno a la persona, que se constituye en su centro y eje. Su fin último es la protección de la libertad del ser humano, es decir, la de su propio ser y la de su exteriorización fenoménica como "proyecto de vida". Para lograr este capital propósito, la disciplina jurídica propende a la instauración de valiosas condiciones de convivencia, presididas por el vivenciamiento de valores tales como la justicia, la seguridad y la solidaridad, que permitan a cada persona realizarse como tal, es decir, cumplir con su propio destino contribuyendo al bien común.

Al sostener que, en última instancia, el Derecho protege la libertad ontológica en que consiste cada ser humano estamos afirmando que dicha protección es a la vida misma, a nuestra propia existencia. Tutelar la vida y la libertad significa proteger una misma realidad unitaria desde que la vida es *la vida de la libertad.* Es así que la libertad solo se extingue en el instante de la muerte de la persona. Vida y libertad son un todo, una inescindible unidad. No se concibe la una sin la otra. Surgen y desaparecen en el mismo momento.

La libertad, sin dejar de ser una unidad, se vierte hacia el exterior, se convierte en fenómeno a través de actos, comportamientos, conductas, mediante los cuales el ser humano pretende cumplir con sus propias decisiones. Esta vertiente de la libertad constituye el "proyecto de vida", el plan vital o la trayectoria existencial, que resume el destino escogido por cada ser humano durante su transcurrir en este mundo terrenal. El cumplimiento del "proyecto de vida" supone la realización misma de la persona. La vida adquiere sentido, razón de ser, en el cumplimiento del personal "proyecto de vida". En él se encierra la misión que ha de cumplir cada ser humano durante su existir.

Por ello, el derecho, creado por y para el hombre, debe establecer las necesarias condiciones valiosas de convivencia que permitan la realización de cada ser humano en cuanto persona dentro del bien común. Los valores jurídicos –que por lo demás son todos los valores que el ser humano vivencia en su vida– orientan y determinan la elaboración de las normas jurídicas que han de regular las conductas humanas intersubjetivas a fin de permitir lo que es justo para lograr dicho propósito y, consiguientemente, prohibir lo que es injusto, es decir, lo que impide, daña u obstaculiza dicha realización personal dentro del bien común.

Advertimos de la lectura de la obra de Guevara Pezo una importante y poco común objetividad cuando se hace referencia al Código Civil de 1984. Por ello, sus juicios y comentarios adquieren un especial significado en cuanto a su apreciación sobre el contenido del Libro Primero de dicho cuerpo legal, dedicado al Derecho de las Personas. Es, por ello, que su opinión sobre dicha parte del Código Civil merece ser puesta de relieve. En el umbral de sus comentarios sobre el tema que le ocupa nos dice, con convicción, que: "El Libro de las Personas del Código Civil peruano de 1984 constituye un importante hito de avanzada en el desarrollo del Derecho Civil en el mundo". Esta apreciación es positiva y pone de manifiesto que la creación jurídica no es ajena a los que habitan nuestro país. Ella, además, está respaldada por el hecho comprobable que algunos proyectos de nuevos códigos civiles cuentan entre sus fuentes al Código Civil peruano de 1984.

La opinión de Guevara Pezo, antes citada, es coincidente con la que vertiera en 1986 el inolvidable maestro José León Barandiarán cuando sostuvo, refiriéndose al Libro Primero, que "esta parte del Código, que se refiere a los Derechos de las Personas, está considerada como una parte excelente", para agregar luego que "dentro y en comparación con los otros Códigos

vigentes se sabe que el Libro de Derecho de las Personas en nuestro Código es el mejor entre los Códigos del mundo, que nosotros hemos revisado...". El propio maestro recoge y transmite, como testigo de excepción, la opinión de diversos profesores extranjeros que nos visitaron cuando se produjo en 1985 el congreso internacional organizado por la Universidad de Lima, cuando textualmente expresa que "estos profesores, sobre todo los italianos, estimaron que el peruano era el mejor Código del mundo, especialmente por esta parte del Derecho de las Personas".

Lo expresado en precedencia genera el que los comentarios y juicios críticos que vierte Guevara Pezo en las páginas de su obra resulten valiosos y oportunos en el curso de la insosegable tarea de perfeccionar y actualizar nuestro Código Civil, especialmente en lo que se refiere al Libro Primero. La finalidad de este continuado esfuerzo no es otra que la de lograr un mejor y más útil instrumento regulador de las conductas humanas intersubjetivas y un exponente de primera línea de la cultura jurídica peruana, la misma que ya ha ofrecido algunos aportes al derecho comparado, los mismos que han sido reconocidos en otras latitudes.

Por explicables razones de espacio, estoy constreñido a referir en las siguientes páginas solamente algunos de los más resaltantes aspectos de la obra o los que más nos han llamado la atención y que merecen un comentario especial. Por lo demás, debemos dejar al curioso lector el placer de descubrir, por sí mismo, otros temas de interés a los cuales no podemos acceder en estas cuartillas.

El libro que comentamos se contrae al estudio del derecho de las personas llamadas naturales, físicas o individuales. Es decir, se excluye del texto la regulación referente a las organizaciones de personas de carácter colectivo, entre las que se en-

cuentran las no inscritas, normadas por el derecho común, y las inscritas, conocidas como personas "jurídicas". Estas últimas se encuentran reguladas por un régimen de excepción, el mismo que permite que los derechos y deberes, que son realmente contraídos por los miembros de la llamada persona "jurídica", no se les imputen sino que se atribuyan a la expresión lingüística o nombre con el que procedieron a inscribir en el registro público a la organización por ellos creada.

En el primer capítulo del libro, bajo el título de *Nociones introductorias,* se ofrece al lector un documentado tratamiento de cuestiones básicas y preliminares relativas al derecho que son necesarias conocer antes de adentrarse en el estudio de cualquiera de los diversos Libros que integran nuestro Código Civil. En este sentido, aborda la materia referente a las diversas acepciones de la expresión "derecho", aquella atinente a la clasificación fundamental del Derecho en Derecho público y Derecho privado, a lo que significa el Derecho Civil y a las fuentes de esta materia.

En esta primera parte de la obra, el autor nos presenta una ilustrativa exposición sobre el proceso de codificación en el mundo, así como un apretado resumen del desarrollo histórico de la legislación civil peruana en sus aspectos básicos. Es así que inicia su tratamiento con las leyes castellanas y las leyes de Indias para, luego de transitar por la legislación en el comienzo de la República pasando por el proyecto Vidaurre y la vigencia en Perú de los códigos bolivianos, concluir con la escueta revisión de los tres códigos civiles peruanos que han regido en la República, es decir, los de 1852, 1936 y 1984.

En los diversos capítulos en que se divide la obra se formula una apretada exposición y comentario crítico de los diversos temas que son materia del Libro Primero sobre el Derecho de las Personas empleando para ello una metodología institucional.

El tratamiento se inicia con un comentario genérico que formula el autor sobre el Libro de las Personas, dejando constancia que nuestro Código "contribuye con innovaciones importantes al dedicar, en su Libro Primero, todo un Título al reconocimiento y protección de los derechos que llama *de las personas*". El autor considera que la mayor contribución del mencionado Libro Primero reside en el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho, el mismo que está consagrado en el artículo con el que empieza su articulado.

El primer asunto al que se hace referencia cuando se ingresa en el tema que nos ocupa, como es lógico, es el precisar cuáles son los sujetos de derecho en el Código Civil peruano. Como novedad debemos apuntar que el autor encuentra que ellos son cinco –en vez de los cuatro que señala la doctrina nacional– al incluir entre ellos a la sociedad conyugal, la misma que, en su concepto, adquiere la condición de centro de imputación de deberes y derechos. Es decir, de sujeto de derecho distinto de quienes la integran. Fundamenta su posición en el hecho de que la Sección Segunda del Libro III del Código "le otorga de inicio, bajo denominación explícita, la condición de *sujeto de derecho*". Luego de citar diversos dispositivos que corroboran su aserto expresa que la confirmación, de modo terminante, de la condición de sujeto de derecho propio de la sociedad conyugal se encuentra en lo dispuesto en el artículo 36 del Código Civil, que establece el domicilio de la sociedad conyugal, así como en la norma XI del Código Tributario.

En cuanto al concebido, el autor advierte que el Código Civil peruano es el primero en el mundo que reconoce su condición de sujeto de derecho y que, como está dicho, constituye su mayor aporte a la codificación comparada. Considera que el segundo párrafo del artículo 1 del Código, el cual reconoce que la vida humana comienza con la concepción, es el fundamento más consistente contra el aborto. El concebido, según Guevara Pezo,

no es una esperanza de vida, como equivocadamente, expresa, siguen sosteniendo algunos penalistas peruanos y extranjeros. Por el contrario, afirma, es una realidad viviente, un ser humano desde la concepción.

El autor afronta la temática de los derechos de la persona deteniéndose en la exposición y comentario de diversos asuntos inherentes a ellos como son, entre otros, su definición, su naturaleza jurídica, sus caracteres, su denominación, su incorporación a los códigos civiles y su origen histórico. Refiriéndose al caso concreto de su denominación, el autor estima que ella no es la más apropiada desde que todos los derechos corresponden a la persona, señalándose al respecto que en la doctrina y la legislación de otros países se les designa como derechos de "la personalidad", derechos "personalísimos", derechos "de la propia persona", derechos "de la individualidad" y también derechos "originarios", "innatos", "fundamentales", "primordiales", "esenciales", "subjetivos", "personales". El autor, dentro de la abundante gama de denominaciones antes apuntadas, se inclina, no sin razón, por llamarlos "derechos sobre la propia persona".

Luego de dicha genérica exposición y comentario, Guevara Pezo aborda el estudio de los diversos derechos de la persona que se alojan en el Código Civil peruano. En primer lugar, se ocupa del comentario sobre el primario derecho a la vida el cual, en su concepto, es el derecho supremo desde que, de su vigencia, depende la de todos los demás derechos. Luego de referirse a su significado y trascendencia, trata de algunos temas a ella vinculados como son los relativos a la eutanasia y a si la vida tiene un valor económico.

Luego del derecho a la vida antes mencionado, el autor se adentra en el tratamiento de la libertad, la intimidad, el honor, la integridad psicosomática así como de todos los demás derechos

regulados por el Libro Primero de nuestro Código Civil. Al respecto, dedica un importante espacio al tratamiento del delicado tema del derecho a la libertad, que el autor considera como la potencialidad o poder para que las personas "puedan realizar sus propias acciones, su propio destino, sin que nadie, individuos, grupo o Estado, puedan impedirlo u obligar a hacer cosas diferentes".

A partir de lo expresado por el autor, realizar sus propias "acciones", su propio "destino", equivale, en otros términos, a cumplir con el personal "proyecto de vida". Realizar sus propias acciones supone, en efecto, que ellas responden a la íntima decisión de un ser que es libertad. La libertad supone poseer el poder de decidir por sí mismo. Por ello, las acciones, conductas o comportamientos son, en consecuencia, la exteriorización fenoménica de la libertad que somos. Es decir, su concreción en la realidad a través de una trama entretejida para dar cumplimiento al personal "proyecto de vida". De ahí que exista una unitaria tríada compuesta por la vida, la libertad y los actos o conductas de la persona. Ellas son una misma y única realidad.

Comparto plenamente el comentario que hace el autor en el sentido que el artículo 14, que regula la intimidad de la vida privada, es insuficiente frente al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha cobrado dicho derecho en los casi veinte años transcurridos desde la promulgación del Código Civil peruano en 1984. Tan esto es cierto que en el proceso de reforma, en el que participamos entre 1990 y 1994, proyectamos un nuevo texto del mencionado numeral, el mismo que, en lo sustancial, fue aprobado por la Comisión encargada de elaborar una ley de enmiendas en su sesión del 03 de noviembre de 1997.

En cuanto al derecho a la intimidad de la vida privada es justo no olvidar que el Código Civil peruano es uno de los pocos códigos civiles que lo han incorporado a su texto.

Con toda razón el autor, al tratar del derecho al honor, sostiene que en el ordenamiento jurídico nacional no existen "disposiciones claramente precautorias". Ello es cierto, aunque es del caso precisar al respecto que en el proyectado artículo 17, elaborado por el ponente del Libro Primero, se consideraba la procedencia de la acción inhibitoria ante una amenaza, cierta e inminente, a los derechos de la persona. Lamentablemente, el texto del mencionado artículo 17, como lo señala el propio Guevara Pezo en su lugar, fue mutilado y modificado por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Reformadora.

Así, por ejemplo, se determinó por la Comisión Revisora que la responsabilidad por los agravios inferidos a la persona era solidaria, lo que mueve a pensar que si el agente es solamente uno, sería irresponsable. Pero, felizmente, esta situación ha sido contemplada por la Comisión de Reforma del actual texto del Código, habiéndose restablecido la acción inhibitoria tal como originalmente fue planteada y reincorporado los otros aspectos que habían sido excluidos del proyecto del ponente. Ello se produjo en la sesión de dicha Comisión correspondiente al 03 de noviembre de 1997.

Guevara Pezo sostiene, con acierto, que se han incluido erróneamente los derechos del autor en el Código Civil, ya que los derechos civiles son aquellos comunes a todas las personas mientras que los derechos del autor son exclusivos de los creadores de obras o de inventos que merecen un reconocimiento público. En otros términos, que no todas las personas ostentan la categoría de autores de obras del arte o del ingenio por lo que esta temática no pertenece a los predios del Derecho Civil sino al de una disciplina autónoma. En mi concepto, esto es inobjetable en todo lo referente a la vertiente patrimonial del derecho de autor.

No obstante lo expresado por el autor, no podemos olvidar

que el derecho del autor tiene dos vertientes, una de las cuales es de carácter estrictamente personal, es decir, no patrimonial. En efecto, este derecho consiste en que la autoría de la obra o invento, aun en el caso de transmisión de la propiedad, no puede serle desconocida al autor o inventor en cualquier circunstancia. Del mismo modo, el derecho también comprende el que nadie pueda modificar la obra sin autorización expresa del autor. La protección del derecho en referencia, por lo demás, se sustenta en el hecho de que todos los seres humanos, en cuanto libres, son potencialmente creadores. Todo lo que hace el hombre en su vida es una creación única e irrepetible. La vida misma es la mejor obra que cada uno realiza en su trayectoria existencial. La vida humana es tan creativa, que no existen dos biografías idénticas.

En cuanto al domicilio, el autor critica, con razón, la innecesaria ficción contenida en el artículo 36 del Código Civil a propósito del domicilio conyugal. En efecto, en este numeral se establece que el domicilio de los cónyuges separados es el que tuvieron cuando vivían de consuno. Ello es contrario a la realidad desde que, luego de la separación, cada cónyuge se establece en otro domicilio, cambia de residencia. El autor reconoce que este dispositivo es responsabilidad de la Comisión Revisora. Personalmente, mediante comunicación de 1 de marzo de 1984 me opuse, sin éxito, a que consagrara la inútil ficción antes advertida.

El autor critica la ubicación sistemática de la capacidad de goce o de derecho en el artículo 3 del Código Civil. Opina que ella debería regularse conjuntamente con la capacidad de ejercicio o de obrar en el Título V de la Sección Primera. Cabe señalar que este Título solo se contrae a establecer las normas reguladoras de la incapacidad de ejercicio. Al respecto podría decirse que, por ser la capacidad de goce inherente al ser humano en cuanto ser libertad, ella no admite limitación legal alguna. Es

por esta circunstancia que se consideró pertinente referirse a la capacidad de goce independientemente de la capacidad de ejercicio, la misma que, por su propia naturaleza, sí admite excepciones o limitaciones por disposición legal.

Guevara Pezo señala algunas imprecisiones en lo concerniente a la capacidad de ejercicio de las mismas que, en principio, comparto. Nunca estuve satisfecho con la regulación propuesta para esta temática en el Código de 1984 y ni siquiera con las modificaciones propuestas por la Comisión de Reforma, no obstante los avances que ellas contienen. Estimo que el Título dedicado a la incapacidad de ejercicio debe repensarse nuevamente para superar la rigidez que actualmente ostenta, la misma que no tiene en cuenta los diversos grados y situaciones propias de la patología psíquica.

En relación con el tema de la incapacidad de ejercicio debe también corregirse el criterio patrimonialista para determinar los casos de prodigalidad o de mala gestión que son síntomas de una patología psíquica. Si el problema es humano, de carácter eminentemente psíquico, no se puede establecer, como lo prescribe el artículo 584, ubicado en el Libro de Derecho de Familia, que para declarar a una persona como pródiga se debe esperar a que dilapide hasta el tercio de su patrimonio. Es decir, no se puede hacer depender el diagnóstico clínico sobre la prodigalidad a un criterio de orden patrimonial. Es decir, se es o no pródigo con prescindencia de la cuantía del patrimonio dilapidado.

Pero, aparte del error advertido, es también criticable que se haga depender la declaración de un estado psíquico de prodigalidad a que se tenga herederos forzosos. Está claro que un estado psíquico de la persona no puede depender a que tenga o no herederos forzosos. Lo que debe interesar es la protección de la persona del incapaz con prescindencia de otro tipo de criterios.

Lo expresado en relación con la incapacidad del pródigo puede repetirse tratándose del mal gestor. En este caso, el artículo 585 del Código Civil determina que para que se produzca la declaración de incapacidad la persona debe haber perdido la mitad de su patrimonio y tener herederos forzosos. La aplicación de este criterio no asume que lo importante en este caso es la protección de la persona del mal gestor.

Todo lo comentado en precedencia no hace sino justificar, con creces, lo anteriormente expresado sobre la utilidad y pertinencia de la valiosa obra de Guevara Pezo, tanto como elemento de consulta de parte de los operadores del Derecho como material de estudio para quienes frecuentan las Facultades de Derecho del país. Por ello, ha de ser bien recibida por la comunidad jurídica de nuestro país, la que ha de encontrar en ella un valioso instrumento para penetrar en las interioridades y meandros del Derecho de las Personas, conducido por la mano experta y confiable del autor de este valioso libro.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

CAPÍTULO I

NOCIONES INTRODUCTORIAS

CAPÍTULO I

Nociones introductorias

Diversas acepciones de la expresión derecho

Común y generalmente se emplea y entiende la expresión recho" bajo tres acepciones distintas, pero complementarias:

a) ***Bajo el concepto de derecho subjetivo.-*** La palabra *derecho* se refiere a la *facultad* o *poder* de una persona para tener algo, para ejercer una atribución o función o para reclamar por algo. Así, puede hablarse que fulano tiene *derecho* de propiedad sobre una casa o un automóvil; o que mengano tiene *derecho* de ejercer la Presidencia u otro cargo en una institución o en el país o de reclamar el pago de una deuda o que tiene *derecho* a la intimidad; o que tal o cual tiene *derecho* de presentar un reclamo judicial por haber sufrido un daño. Como puede verse, en todos estos casos o ejemplos se utiliza la palabra *derecho* como facultad o como poder de las personas. Estamos frente a la acepción o concepto de la palabra derecho en sentido subjetivo.

b) ***Bajo el concepto de derecho objetivo.-*** Se usa también la expresión *derecho* para referirse a una norma jurídica o a un conjunto de normas de dicha clase. Tal el caso de la referencia al *derecho minero* o al *derecho civil*; o la mención al derecho dado en una determinada época de la historia (por ejemplo el derecho que rigió antes o después de la independencia).

c) ***Bajo el concepto de derecho como ciencia.-*** Se emplea también la palabra *derecho* para referirse a la ciencia que estudia la conducta humana, en interferencia intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores jurídicos. Esta ciencia, cuyo reciente reconocimiento como tal data solo del siglo XIX, es la que, en sus diversas ramas o expresiones, estudiamos quienes hemos elegido la carrera de abogados.

A pesar de ser diferentes las acepciones o significados de la palabra *derecho* que acabamos de mostrar, se encuentran sin embargo –en el estudio y ejercicio de nuestra profesión– estrecha y constantemente vinculados. Es así como en la mayoría de los casos los *derechos, en sentido subjetivo*, tienen sustento o fundamento en respectivas normas, o sea en derecho en sentido objetivo.

Por otro lado, la ciencia del Derecho cumple su función de determinar la realización o no realización de los valores jurídicos, confrontando las conductas humanas respectivas, materia de su estudio, con la existencia o no de los respectivos derechos subjetivos, que a su vez deben tener o no tener correlato en las respectivas normas, o sea en el *derecho en sentido objetivo.*

2. Derecho Público y Derecho Privado

Además de los conceptos de derecho anteriormente señalados, algunos han considerado necesario clasificar el derecho atendiendo a si el objeto de derecho corresponde a una relación entre particulares, o si el Estado participa con potestades superiores. En este sentido, desde Roma ha habido preocupación por dividir el Derecho –entendido en cualquiera de las acepciones antes señaladas– tanto para atender fines didácticos, como para establecer con claridad las características del campo o rama que pudiera ser materia de preocupación por el usuario. Ulpiano en el Digesto, refiriéndose al Derecho, dice que "Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es Derecho Público, el que se refiere al estado de la cosa romana; Privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública, y otras privadamente"[1].

En el Derecho actual, más desarrollado evidentemente que el romano, no es sostenible una distinción que establezca dos campos separados y excluyentes del Derecho (Derecho Público y Derecho Privado) como lo hacían los romanos. Los elementos de una y otra rama se mezclan y se entrecruzan en la vida jurídica, hasta muchas veces confundirse, sin permitir que se sostenga esa vieja y rígida separación sin mezclas.

Lo que cabe, por eso, sostener ahora es que existen ciertamente esas dos ramas en las que se divide el Derecho, pero lo que caracteriza a ellas no es la presencia exclusiva de unos u otros elementos, sino la predominancia de estos. El siguiente cuadro explica mejor esa división en términos modernos:

(1) "El Digesto de Justiniano". Libro I. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1990. Pág. 23.

ELEMENTOS PREDOMINANTES	En cuanto a los sujetos	En cuanto a las normas	En cuanto a la justicia
DERECHO PÚBLICO	El Estado, entidades estatales	De subordinación	Distributiva
DERECHO PRIVADO	Particulares	De coordinación	Conmutativa

3. Derecho Civil

Cada uno de los campos antes mencionados alberga, a su vez, diversas ramas. Así, dentro del Derecho Público se hallan el Constitucional, el Financiero, el Tributario, el Penal, los derechos procesales y varios más. Dentro del Derecho Privado están el Derecho Civil, el Laboral, el Comercial y otros.

Efectuada la ubicación del Derecho Civil en el mundo del Derecho, cabe ahora indicar qué es Derecho Civil. Al respecto diremos que es el que concierne, el que trata, el que regula todo lo relativo a los seres humanos, en su condición de tales. Significa esto que ningún ser humano se encuentra fuera de los alcances del Derecho Civil. Trata pues de todo lo referente a la vida jurídica del concebido y de todos los actos comunes a los seres humanos desde su nacimiento hasta su muerte, y aun después de esta, lo relativo a la herencia que dejen. Vale decir que el Derecho Civil norma lo relativo a los derechos fundamentales de los seres humanos, al nombre de las personas, su domicilio, su capacidad de derecho y ejercicio, sus derechos sobre las cosas, sus diversos contratos y obligaciones, su matrimonio y familia, su muerte y su sucesión.

4. Fuentes del Derecho Civil

El concepto de Fuentes del Derecho se desarrolla a partir de la exigencia de responder a dos cuestiones:

1) En una sociedad, ¿qué factores son los que influyen y determinan el contenido y sentido de las normas u otros componentes del ordenamiento jurídico?; y,

2) ¿Cuáles son los elementos que, con fuerza vinculante, establecen la legitimidad y validez de las diversas relaciones del mundo jurídico, proporcionando, además, al juzgador los criterios sobre la base de los cuales deberá cumplir su tarea de solución de controversias?

En cuanto a lo primero debemos decir que el contenido y sentido de las normas o componentes del ordenamiento jurídico se da por acción, determinación o influencia de las diversas fuerzas sociales, económicas, morales, religiosas del grupo social cuya existencia regula dicho ordenamiento. A esas fuerzas determinantes de tal contenido se les llama *fuentes materiales.* Son las *fuentes materiales,* por ejemplo, las que determinan que en un cierto lugar de la tierra rijan normas que establezcan una forma de economía, libre o estatista; tengan vigencia disposiciones que protejan relaciones monogámicas o poligámicas; se respete y cautele la propiedad privada o la estatista o colectivista; se dé o no participación a la familia en el desenvolvimiento de su propia existencia, en el gobierno de su destino y en la educación y cuidado de los hijos.

Las *fuentes formales*, en cambio, son las diversas formas o medios que regulan la vida jurídica y sirven, además, como elementos que el juzgador debe utilizar para sustentar sus fallos.

Las fuentes formales del Derecho Civil son la ley, la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho. Este orden de prioridad en el uso de las fuentes, que no se encuentra dispuesto en ninguna norma jurídica del Perú, es el que a nuestro juicio debe tenerse en cuenta sobre la base de la consistencia de los contenidos de cada una de ellas. España

por Decreto de 31 de mayo de 1973 ha establecido un orden de prioridad de sus fuentes de Derecho Civil, disponiendo que se aplicarán, en primer lugar, la ley, en defecto de esta la costumbre y en ausencia de ambas los principios generales del Derecho. En la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 reconoce también como fuentes complementarias a la jurisprudencia y a los tratados internacionales.

En el proceso de reforma o mejora del actual Código Civil, las comisiones encargadas de redactar los respectivos textos han propuesto la inclusión, en el Título Preliminar, de una referencia a las fuentes del Derecho Civil (aun cuando, a nuestro juicio equivocadamente se refieren a las "fuentes formales de derecho peruano"). No han recomendado sin embargo disposición alguna que señale el orden de prioridad de las mismas, lo cual en nuestra opinión es una deficiencia.

El orden de prioridad en otras ramas del Derecho es diverso al que se considera y aplica en materia civil. Así, el Código de Comercio, en su artículo 2, determina que "los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las de Derecho común".

4.1. La ley

Es la norma jurídica escrita, deliberada, reflexiva, justa, obligatoria y genérica, dada por autoridad competente.

Santo Tomás la define en los siguientes términos que recogen casi todos los elementos que acabamos de enunciar: "Es la ordenación de la razón dada para el bien común y solemnemente promulgada por aquel a quien incumbe el cuidado de la comunidad".

Además de los anotados caracteres podemos añadir otros: su irretroactividad, salvo en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103 de la Constitución) y el hecho de que solo puede derogarse por otra ley o por sentencia que declare su inconstitucionalidad (el mismo artículo de la Constitución).

En países como el nuestro, pertenecientes al sistema del *jus scriptum,* la ley es la fuente formal predominante.

En cuanto a las clases de leyes hay quienes hacen una clasificación dual, distingiendo las leyes *materiales* de las *formales*; unas y otras emanan de los órganos del Estado. Las primeras son las que establecen normas o preceptos jurídicos. Las segundas no crean derecho objetivo, contienen solo actos concretos de autoridad, tal es el caso, por ejemplo, de los actos administrativos.

Otro elemento que permite clasificar las leyes es su relación con la voluntad de las personas. En tal sentido llámanse leyes *imposítivas, o de jus cogens o* de *derecho necesario* a aquellas cuyas disposiciones no pueden ser sustituidas por la voluntad de las partes; tiene contenido irremplazable, inderogable por las personas. En cambio son leyes de *ius dispositivum o de derecho voluntario,* aquellas que sí permiten que la disposición de la norma puede ser reemplazada por la voluntad de las personas. Es importante esta distinción pues cuando la voluntad de las personas reemplaza una norma de *jus cogens* el acto es nulo, a tenor de lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Empleada la expresión ley en sentido genérico comprende todas las normas escritas dictadas por las autoridades. Entre ellas existe, un orden jerárquico que sitúa a la Constitución por encima de todas; así lo determina el artículo 51 de la Constitución. Dispone también este mismo artículo que la ley, en sentido res-

tringido –que es la norma que aprueba el Congreso de la República con sujeción al trámite establecido en los artículos 107 a 109 de la Constitución– prima sobre todas las demás de inferior jerarquía. Tienen el mismo rango que la ley los decretos legislativos, dados conforme a la autorización concedida por el artículo 104 de la Constitución, así como los decretos de urgencia que puede dictar el Presidente de la República en uso de la atribución que le concede el inc. 19 del artículo 118 de la Constitución. Asimismo, son de igual rango las ordenanzas municipales (ello se deduce de la disposición contenida en el artículo 200 inc. 4 de la Constitución), los tratados internacionales (resulta de lo establecido en el inc. 3, artículo 102 de la Constitución) y los decretos leyes dados por los gobiernos de facto, que desafortunadamente son tan numerosos en nuestra historia jurídica.

En el nivel siguiente al de la ley en sentido estricto se sitúan los decretos supremos, luego las resoluciones supremas, a continuación las resoluciones ministeriales, las directorales, etc. Ninguna norma puede contravenir lo dispuesto por otra de superior jerarquía.

4.2. La doctrina

Es la obra escrita o grabada en la que los juristas opinan, interpretan, proponen, comentan y debaten sobre temas jurídicos, generalmente comentando leyes ya dictadas o planteando la dación de nuevas leyes.

El hecho de conceder valor e importancia de fuente a la doctrina procede de Roma, que reconoció la contribución que podía efectuar el jurista docto a la solución de controversias. El emperador Augusto fue el primero que estableció el *jus publice respondendi*, que era la facultad que otorgaba el emperador a algunos juristas de absolver consultas que podían ser tomadas en cuenta por los jueces. Más tarde, el emperador Adriano

instaura la *permissio jura condendi,* por la que la opinión de los juristas tendría fuerza de ley cuando los consultados estuvieran de acuerdo.

En la actualidad, la doctrina es de aplicación supletoria, cuando no existe alguna otra fuente de derecho de carácter vinculante.

4.3. La jurisprudencia

Se llama jurisprudencia (en el sentido de fuente formal del Derecho) al conjunto de fallos expedidos por máxima instancia, que reúnen la condición de cosa juzgada. Se considera doctrinariamente que a pesar de no tener dichos fallos (en términos genéricos) fuerza vinculante, deben ser conocidos y estudiados por los jueces como referencia, con tendencia a crear corrientes de jurisprudencia uniforme.

En Perú tienen, sin embargo, fuerza vinculante:

- Las sentencias que se aprueban por Sala Plena de la Corte Suprema, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

- Las sentencias del Tribunal Constitucional, según lo preceptuado por el artículo 52 de la Ley Orgánica del mismo (Ley N° 26435).

4.4. La costumbre

Como dice De Castro y Bravo, la costumbre es una "norma creada e impuesta por el uso social. Son reglas cuya forma de manifestación se da por el uso, la observancia social"[2], que nacen directamente del hecho de la repetición de actos, pero que

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "Derecho Civil de España". Editorial Civitas S.A. Madrid, 1984. Pág. 364.

requieren para adquirir firmeza y valor normativo que esa actuación aparezca aprobada activa o pasivamente por la organización estatal. Se trata pues de una norma jurídica no escrita, tácita, espontánea, establecida directamente por la propia sociedad a través de actos jurídicos repetidos de manera constante, duradera y uniforme.

a) Requisitos para la adopción de una costumbre como norma jurídica:

Para que una costumbre se convierta en norma jurídica se requiere:

1) Que el grupo social sienta la convicción de que es preciso o conveniente considerarla como norma jurídica, como fuente formal de Derecho, y de que es pertinente hacerla obligatoria *(Opinio juris et necessitatis).*

2) Que los actos, la conducta, a convertirse en norma jurídica, se repitan de modo frecuente, uniforme y duradero, comportando ello la aprobación por la generalidad de los moradores del lugar donde será aplicable la costumbre como norma *(Diuturnus usus).*

3) La aprobación expresa o tácita de esa costumbre por las autoridades del Estado *(Patientia principii).*

b) Clases de costumbre

La doctrina distingue tres clases de costumbre:

Secundum legem.- Que nace para secundar lo dispuesto por la ley, para contribuir a su mejor cumplimiento.

Praeter legem.- Que surge para regular, para normar lo no establecido por la ley.

Contra legem.- Que contradice lo dispuesto por la ley.

En Perú no es aceptada la costumbre *contra legem*. Resulta esto claro de lo prescrito por el artículo 103 de la Constitución que establece que "La ley se deroga solo por otra ley". Lo mismo dispone el artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Esta disposición debe además concordarse con la determinada por el artículo 51 de la Constitución que señala que "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

Muy pocos son los lugares del mundo donde la costumbre prima sobre la ley. Espín menciona el caso de Navarra (España) donde su Compilación, ley 3, ap. 1, establece que "la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito". Refiere también el caso de la Compilación aragonesa (España) cuyo artículo 2, num.1 dispone que "la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho Natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables"(3).

c) Supuesta distinción entre los usos y la costumbre

Aun cuando las legislaciones, incluyendo el Código Civil peruano, confunden las costumbres con los usos y aunque, como dice Espín, "en la práctica no se ve la posibilidad de una distinción esencial entre ambos"(4), hay quienes insisten en diferenciarlas. El mismo Espín, por ejemplo, señala que "a los usos o práctica de los negocios les falta la convicción jurídica de su obligatoriedad. Por esto tales usos no crean derecho objetivo"(5).

(3) ESPIN, Diego. "Manual de Derecho Civil español". Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982. Págs. 146 y 147.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit. Pág. 392.

(5) ESPIN, Diego. Op. cit. Pág. 140.

d) Ámbito de vigencia de las costumbres

No es preciso que las costumbres tengan vigencia en todo el ámbito territorial de un país. Por el contrario, en los lugares donde se acepta la costumbre como fuente de derecho se reconoce que pueda tener aceptación o vigencia en un ámbito regional o comunal, dándose incluso valor superior a estas clases de costumbres. En Perú, país vasto y variado en etnias y culturas, que es prácticamente la suma de antiguas y nuevas naciones, las costumbres que pueden servir como fuente de Derecho son diversas y tienen, aunque no se sepa mucho o perciba por los estudiosos oficiales del Derecho, vigencia independiente en ciertas zonas o regiones, sin que en las demás la tenga.

e) La costumbre en el Derecho Civil peruano

Conforme sostiene León Barandiarán "En Perú el criterio no se ha manifestado favorable en consentir que la costumbre sea fuente de derecho... Solo en ciertos casos la ley se remite a la costumbre, expresamente"[6].

Tal desconfianza es explicable por la mayor certeza que proporciona la norma escrita. Dadas las condiciones que casi siempre han imperado en el funcionamiento del Poder Judicial resulta ciertamente conveniente ese temperamento; imaginemos lo que acontecería con los procesos si se concediera a los jueces la potestad de resolverlos teniendo la costumbre como fuente primordial o importante. Los casos en los que en el Código Civil, hay remisión expresa a la costumbre, son los de los artículos 337, 837, 1380, 1381, 1486, 1521, 1558, 1565, 1571, 1580, 1581, 1610, 1659, 1660, 1678, 1713, 1738 inc. 2, 1759, 1761, 1766, 1767, 1773, 1774 inc. 1, 1791, 1796 y 1818.

(6) LEÓN BARANDIARÁN, José. "Comentarios al Código Civil peruano". (Del Título Preliminar y del Derecho de las Personas). Tomo 4. Librería Imprenta Gil. Lima, 1952. Pág. 10.

El artículo 337 en su versión original dispone que "la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez (como causales de separación de cuerpos o de divorcio) teniendo en cuenta la educación, *costumbre* y la conducta de ambos cónyuges". La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de mayo de 1997 declaró inconstitucional este artículo, y por ende inaplicable, en lo que concierne a su referencia a la sevicia y a la conducta deshonrosa. Ello significa que los jueces que resuelven procesos de separación de cuerpos o divorcio sustentados en la causal de injuria grave deberán considerar la *costumbre,* que rija la relación entre demandante y demandado, mejor dicho las reglas consuetudinarias de convivencia atinentes al lenguaje y forma de comunicación entre ellos.

El artículo 837 trata de la colación estableciendo que "No es colacionable lo que se hubiese gastado en alimentos del heredero, o en darle alguna profesión, arte u oficio". Luego señala que "Tampoco son colacionables los demás gastos hechos en favor de él, mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y *con la costumbre".*

El artículo 1380 indica que "Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los *usos*, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución".

El artículo 1381 a su vez dice que "Si la operación es de aquellas en que *no se acostumbra* la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación.

La prueba de la *costumbre* y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente".

A propósito de las obligaciones de saneamiento el artículo

1486 determina que "Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las *costumbres* del lugar".

Dentro de las regulaciones sobre vicios ocultos, el artículo 1521 señala que "En la transferencia de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales *o, en su defecto, por los usos*. A falta de estos últimos, se observarán las normas que anteceden".

Entre las regulaciones acerca de las obligaciones del comprador se encuentra el artículo 1558, que manda que "El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

A falta de convenio y *salvo usos diversos,* debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador".

En el mismo apartado destinado a las obligaciones del comprador, el artículo 1565 indica que "El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, *o en el que señalan los usos*.

A falta de plazo convenido o de *usos* diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato".

El artículo 1571 prescribe que "La compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfecciona solo en el momento en que este declara su conformidad.

El comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato *o por los usos*, o en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor".

Luego, el artículo 1581 dice que "El pago del precio debe efectuarse en el momento y en lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto *o uso* distintos".

En cuanto al contrato típico de suministro, el artículo 1610 establece que "En el suministro continuado, el precio se paga, a falta de pacto, *de acuerdo con los usos del mercado*".

En lo que atañe al mutuo el artículo 1659 señala que "La entrega de lo que se presta y su devolución se harán en el lugar convenido o, en su defecto, *en el que se acostumbre* hacerlo". Añade luego el 1660 que "Cuando no se ha convenido lugar *ni exista costumbre,* la entrega se hará en el sitio en que se encuentre el bien y la devolución en el domicilio del mutuatario".

Las normas sobre obligaciones del arrendador comienzan con el artículo 1678 que determina que "El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos.

Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, *salvo que por costumbre* deba efectuarse en otro lugar o época".

En lo que se refiere al contrato típico de hospedaje, el artículo 1713 indica que "Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplen la ley *y los usos,* a cambio de una retribución. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares".

El artículo 1738, destinado a fijar las obligaciones de los comodatarios señala, en su inc. 2, que el comodatario debe "Emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su

defecto, según la naturaleza del mismo y *la costumbre*, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso".

El 1759, norma dictada entre las destinadas a regular lo referente a las prestaciones de servicios, dice que "Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, *o por la costumbre,* debe pagarse por adelantado o periódicamente". En el mismo capítulo, el 1761 precisa que "Informado el comitente del apartamiento de las instrucciones por el prestador de servicios, el silencio de aquel por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los *usos* o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo".

En materia de locación de servicios el artículo 1766 prescribe que "El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato *o por los usos* y no es incompatible con la naturaleza de la prestación". El artículo 1767 dispone, a continuación, que "Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o *los usos*, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados".

El artículo 1773, referente a los contratos de obra, prescribe que "Los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, *salvo costumbre* o pacto distinto". El siguiente artículo, el 1774, expresa que "El contratista está obligado: (1) A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato *o, en su defecto, en el que se acostumbre*".

Señala el artículo 1791 que "El mandato se presume oneroso.

Si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija so-

bre la base de las tarifas del oficio o profesión del mandatario; *a falta de estas, por los usos*; y, a falta de unas y otros, por el juez".

El artículo 1796, inc. 2, señala que el mandante está obligado frente al mandatario "A pagarle la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los *usos*".

Por último, el artículo 1818 dispone que "El depósito se presume gratuito, salvo que, por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que es remunerado.

Si las partes no determinan el importe de la remuneración, esta se regula según los *usos* del lugar de celebración del contrato".

No hemos entrado a analizar cada uno de los precitados textos normativos, en razón de no ser ese el propósito de esta obra. Lo que hemos querido es mostrar, simplemente, en qué casos y de qué modos se remite el Código Civil a la costumbre, estableciendo que sea considerada como fuente de derecho. Es evidente que no le otorga trato de fuente primera, predominante. Pero es cierto que, en no pocos casos, dispone que sea tomada en cuenta como fuente supletoria de la ley o de la voluntad, para definir cuestiones importantes de las relaciones jurídicas. No creemos que la jurisprudencia nacional haya cumplido con concederle ese lugar.

4.5. Los principios generales del Derecho

En Perú existe obligación de considerar los principios generales del Derecho como fuente formal por lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que a la letra dice: "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".

Realmente, tal disposición tiene en Perú antigua data pues, en términos más o menos semejantes, aparece en el Código Civil de 1852, cuyo artículo IX del Título Preliminar disponía que "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o ineficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1. Al espíritu de la ley; 2. A otras disposiciones sobre casos análogos; y 3. A los *principios generales del Derecho*". A continuación sin embargo se añadía la siguiente expresión ciertamente restrictiva: "Sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla para los nuevos casos que ocurran".

El Código Civil de 1936 repitió el precepto, aunque en los siguientes y más escuetos términos: "Los jueces no pueden dejar de administrar por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los *principios del derecho*".

Como puede verse, el propósito de dicha regulación es ordenar el uso por los jueces de una fuente supletoria de la ley, en el evento de inexistencia de esta para el caso controvertido ("defecto") o de que existiendo una ley aplicable al caso lo sea solo de modo parcial, ineficiente ("deficiencia"). La disposición se sustenta en el principio de la plenitud hermética del Derecho, según el cual no es admisible dejar sin resolver casos en litigio por el hecho de que no existan leyes que los hayan previsto o porque existan leyes que carezcan del alcance suficiente y necesario para resolverlos; tales situaciones, que constituyen vacíos o lagunas normativas, deben atenderse, deben cubrirse aplicando los principios generales del derecho. Se parte pues de considerar imposible que el legislador prevea y resuelva todos los casos de controversia que pueden darse en la realidad. Es cierto que el cada vez más acelerado y profundo desarrollo de la vida en sociedad, de las ciencias, de la tecnología, crean situaciones no previstas, inimaginadas por los legisladores que dieron leyes anteriores a esas situaciones.

Pero ¿qué son los principios generales?, ¿cuál es su naturaleza?, ¿cómo y dónde pueden ser encontrados por los jueces para aplicarlos a los casos que enfrenten la existencia de vacíos o lagunas normativas? Desde diversas posiciones doctrinarias responde la doctrina a esas interrogantes. Todas ellas, sin embargo, coinciden en afirmar que los principios generales del Derecho son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación"(7); representan la razón suprema y el espíritu que informa las normas.

Para explicar su naturaleza esencial y contenido se alzan dos corrientes, que parecen contrapuestas pero que, en último análisis, creemos que pueden complementarse y servir simultáneamente. La corriente filosófica *o jus naturalista* que sostiene que se trata de "verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho, el fundamento de *toda* legislación positiva"(8); y la corriente histórica o positivista que indica que son "aquellos que inspiran una *determinada* legislación positiva".

De Castro y Bravo considera que debe distinguirse tres tipos o clases fundamentales de principios: 1) los de Derecho natural, que son "reflejo de la ley eterna y corresponden a la verdadera naturaleza del hombre"; 2) los tradicionales, que provienen de aquellos "casos, costumbres, estilos, convicciones, aspiraciones que manifiestan una especial idea de la vida y que depurados por el tiempo constituyen la tradición nacional"; 3) los principios políticos que son los que provienen de los cambios que la propia sociedad impone en la estructura de sus propias relaciones y del Estado, "constituyen una fuerza renovadora de vida social"(9).

(7) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit. Pág. 420.

(8) PUIG BRUTAU, José. "Introducción al Derecho Civil". Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. Págs. 232 a 234

(9) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit. Págs. 421 y 424.

5. El proceso de codificación en el mundo

El artículo 51 de la actual Constitución peruana indica que "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...". Este precepto repite lo establecido por algunas constituciones anteriores; pero además y sobre todo es expresión de la concepción vigente en Perú desde el inicio de su existencia que consagra el predominio del Derecho escrito, *jus scriptum,* por encima de cualquier otra fuente de Derecho, sistema que imperó asimismo en todos los países de Europa continental. Ello a diferencia de lo que acontece en Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Canadá y los países de Oceanía, donde la fuente principal es el precedente jurisprudencial.

Desde tiempos remotos hubo inquietud entre los gobernantes legisladores por agrupar normas en un solo conjunto de ellas, a efecto de facilitar el uso de las mismas, su mejor aplicación. No otra cosa son el Código de Hammurabi (dado por el rey babilonio Hammurabi alrededor del año 1753 a.C.), el Código de Manú (puesto en vigencia en la India, aproximadamente el año 200 a.C. por Suayambú) y la Ley de las XII Tablas (promulgada en Roma en el año 450 a.C.).

Tales conjuntos de normas contuvieron, sin embargo, no solo disposiciones jurídicas sino también religiosas y morales.

Con posterioridad a la Ley de las XII Tablas, Roma expidió, en sus trece siglos de existencia, innumerables leyes sobre diversas materias.

Al caer el Imperio Romano de Occidente los bárbaros se apoderaron de toda Europa e impusieron sus propias normas que, mezcladas con las romanas y con los usos y costumbres de los múltiples territorios en que quedó dividido ese continente,

dieron lugar a su variado complejo de disposiciones que regían en las distintas áreas territoriales.

En la Edad Media y en los tiempos modernos los Estados continuaron dando sus leyes, que las coleccionaban por años y luego también por materias en forma de *Compilaciones.*

En el siglo XVIII comienza a manifestarse en Europa una intención destinada a crear países, sobre la base de la unificación de varios territorios. Algunos reyes muestran, al mismo tiempo, cierta preocupación por mejorar los sistemas legislativos de sus territorios, por lo cual buscan remplazar el complicado sistema de las *compilaciones* por textos que reunieran conjuntos de normas, de más fácil y práctico empleo. Todo ello coincide con la simpatía que comienzan a despertar, en los círculos filosóficos, jurídicos y políticos, los principios del Derecho Natural que afirman la existencia de derechos fundamentales e inviolables del ser humano, como lo había propuesto Locke en 1691.

Dentro de ese conjunto de circunstancias y respondiendo en gran medida a ellas, el príncipe elector de Bavaria Maximiliano III José, asesorado por Johann Adam Von Ickstatt, dio en 1756 el Codex Maximilianeus Bavariacus Civilis, que fue el primero de los códigos civiles expedido en el mundo en época cercana a la actual. Posteriormente, por decisión del rey Federico Guillermo II, se puso en vigencia, desde el 1 de junio de 1774 el Allgemeines Landrecht (ALR), "Derecho común del territorio" de Prusia. Este es un monumental cuerpo jurídico de 19,194 parágrafos, que comenzó a redactarse en 1714 por encargo del rey Federico Guillermo I, quien encomendó dicha tarea a la Facultad de Derecho de la Universidad de Halle, en la que participaron además notables juristas del reino como Cocceji, de Carmer, Suárez y Klein. No solo contiene materia civil sino también penal. Recoge, en un intento de armoniosa y equilibrada combinación, prin-

cipios del derecho natural y exigencias de la realidad social y económica prusiana, estrictamente estratificada y jerarquizada. Mantuvo su vigencia hasta la dación del Código Civil alemán del cual nos ocuparemos más adelante.

5.1. El Código Civil francés

Antes de Napoleón, Francia albergaba dos sistemas jurídicos diferentes. El del norte, donde regían las *costumbres*, heredadas de germanos y de francos; y el del Sur, continuador del *Derecho escrito* de influencia romana. Todavía los monarcas anteriores a la revolución pretendieron llevar a cabo una codificación sistemática y unificadora; Luis XIV encargó hacerla a su canciller Henri Francois Daguesseu, que no la culminó. La revolución se propuso, igualmente, llevarla a cabo, de tal modo que la Convención (que duró del 21 de setiembre de 1792 al 26 de octubre de 1795) encomendó ese trabajo a su comisión legislativa presidida por Cambacérès, quien hizo entrega de dos distintos proyectos, en 1773 y en 1774, que no fueron de la aceptación de los asambleístas. Al mismo Cambacérès el Directorio le solicitó un nuevo proyecto, que fue presentado en 1796; tampoco pudo convertirse en ley.

El 10 de noviembre de 1799 las tropas de París depusieron al Directorio y, en su reemplazo, se instituyó el Consulado, que gobernaría Francia y que estaba integrado por Sieyes, Roger-Ducos y Napoleón Bonaparte. Desde ese momento, Napoleón asumió solo el mando y el poder. El 13 de agosto de 1800 designó a la Comisión que se encargaría de redactar el Código, que sustituiría las costumbres y las legislaciones vigentes en el norte y en el sur de Francia, respectivamente. Integraron la Comisión, Tronchet, Presidente del Tribunal de Casación; Bigot du Préameneu, Comisario del gobierno en el mismo Tribunal; Portalis, Comisario del gobierno en el Tribunal de Presas; y

Maleville, Juez del Tribunal de Casación. Al cabo de cuatro meses presentaron un proyecto, que fue sometido a la consideración y observaciones del Tribunal de Casación y de los tribunales de apelaciones, que propusieron importantes e interesantes modificaciones. En 1801, el nuevo proyecto, que recogió muchas de las sugerencias planteadas, fue entregado para trámite al Tribunado, que era uno de los tres cuerpos legislativos que debían darle aprobación. En este organismo sufrió tropiezos y recibió severas críticas que podían originar su fracaso. Napoleón mismo se encargó de superar el escollo, disponiendo una recomposición del Tribunado, de modo de asegurar la aprobación. El 21 de marzo de 1804 se dio la Ley que consideró concluida la preparación del Código, el mismo que desde 1803 se había ido aprobando por fragmentos contenidos en 36 leyes. Esta ley derogó además "las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres o usos locales, los estatutos y reglamentos" que regían hasta entonces.

Muchas fueron las fuentes que sirvieron para la preparación del Código, pero entre las principales están: la costumbre de París (que era una compilación bien cuidada de las costumbres vigentes en el Norte en muchos aspectos de Derecho de Familia); el Derecho Romano, del que se tomó principalmente preceptos sobre propiedad, obligaciones, contratos y régimen dotal; las ordenanzas reales, en sus disposiciones sobre actos de estado civil, donaciones, testamentos y extinción de hipotecas; la legislación revolucionaria, en cuanto a la edad de mayoría, reglas sobre el matrimonio y régimen hipotecario.

El Código Civil francés, vigente hasta ahora, tiene la especial característica de ser el primero en consagrar las ideas liberales impuestas por la revolución y reclamadas por el mundo. Aunque lo hizo con la moderación, medida y ponderación que han asegurado su larga duración. Es además un código laico, pues concluye la sujeción a la legislación canónica y a la iglesia,

que hasta entonces había regido; igualitario, pues borra los privilegios y desigualdades imperantes anteriormente; liberal, porque introduce el concepto de libertad en todas las relaciones jurídicas entre las personas. Debe decirse también que es un instrumento jurídico concebido en términos sencillos y accesibles, por tanto de fácil lectura, claro y preciso. Sus lagunas y defectos han venido siendo corregidos a lo largo del tiempo, por la sabia jurisprudencia francesa y por la oportuna dación de leyes complementarias.

Napoleón siguió la preparación del Código con atención, participó en muchos pasajes de las discusiones con esmero y con pasión. Promulgado, lo llevó, y lo puso en vigor en todos los territorios (gran parte de Europa) que, en los años siguientes, dominó y sometió. No en vano dijo en sus días finales, en su retiro de Santa Elena, con la luminosa penetración del estadista visionario: "Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias; lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil"[10].

Varios lo tomaron como modelo e inspiración para redactar sus códigos. Así: Polonia, Bélgica, Holanda, Rumania (1863), Italia (1865), Portugal(1867), España (1889); en América Latina: Haití y Bolivia (1831), Chile (1857), código que después fue hecho suyo por Ecuador y Colombia; República Dominicana (1864), Uruguay (1868), Argentina (1869), Venezuela (1873), Guatemala (1887); El Salvador (1880); Honduras y Costa Rica (1887) y Cuba (1899).

5.2. El Código Civil alemán

La puesta en vigencia y aplicación del Código Civil francés

(10) RIPERT, Boulanger. "Derecho Civil". Parte General. Tomo I. La Ley Sociedad Anónima Impresora. Buenos Aires, 1979. Pág. 86.

despertó el interés de los juristas y gobernantes del mundo. Muchos quisieron emplear la misma forma de ordenar su legislación y el mismo modo de concebir los derechos y relaciones jurídicas. Entre ellos estuvo el profesor de la Universidad de Heidelberg Anton Friedrich Justus Thibaut, quien en 1814 publicó su ensayo titulado "Acerca de la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania", en el que propugnaba que se preparara y diera un Código Civil que, a semejanza del francés, unificara las diversas leyes que regían los distintos e independientes estados germánicos. De inmediato, replicando y objetando a Thibaut, publicó un trabajo el profesor Friedrich Carl Von Savigny de la Universidad de Marburgo. En dicha obra publicada bajo el epígrafe "De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho", el profesor Savigny manifestó que era inconveniente e inoportuno dar un Código Civil para toda Alemania. Para sustentar su oposición manifestó que los juristas alemanes carecían de la preparación y de perspectiva para acometer esa tarea y que Alemania, por esa razón y otras políticas e históricas, no se encontraba aún en condiciones de hacerlo; exalta, además, el valor y la importancia del Derecho municipal alemán y del Derecho Romano, propiciando un retorno al sistema y regulaciones de este, adaptados a su tiempo; niega importancia y valor al Código Civil francés, descalificando en términos muy severos la idoneidad de quienes lo redactaron. La corriente de opinión que generó Savigny y el hecho de encontrarse Alemania fragmentado en varios estados –estaban aún lejanas las condiciones que permitieran la unificación territorial y, por ende, la jurídica alemana– determinaron que no se acogiera en ese instante la importante iniciativa de Thibaut.

En 1871 quedó consumada la tarea de unificación territorial y política de los estados alemanes. Savigny había muerto en 1861 y no quedaba ya un adversario de la codificación que tuviera su talento y combatividad. Por otro lado, el Código francés, había

demostrado, con su ya prolongada vigencia y con la acogida que le dispensaban los pueblos, que era –contra los vaticinios y augurios de Savigny– un instrumento ideal para organizar jurídicamente a las naciones. Las condiciones eran, sin duda, propicias para emprender la tarea de preparación del Código Civil alemán. Y esto se produjo a partir de la constitución, el 22 de junio de 1874, por el Consejo Federal, de la primera comisión que recibió el encargo de preparar el proyecto. La comisión, en la que destacaban Windscheid y Planck, presentó su trabajo en 1887, el mismo que recibió duras críticas, sobre todo de Gierke y de Menger. Se le atacaba principalmente por el excesivo tecnicismo doctrinario del que estaba impregnado y por su carencia de actitud social. El Consejo Federal conformó entonces, el 4 de diciembre de 1890, una segunda comisión presidida por Planck. El 22 de octubre de 1895 entregó esta comisión, su informe y proyecto que tuvo aceptación. No obstante el Ministerio le hizo algunas necesarias adiciones y modificaciones, con las que entregó un tercer proyecto al Parlamento, proyecto que debía ser enviado, después de un primer debate, al seno de una comisión de parlamentarios y juristas entre los que estuvo Enneccerus. En ella, el proyecto fue debatido y reelaborado. El 14 de julio de 1896 el Consejo Federal aprobó el proyecto; el Káiser lo hizo el 18 de agosto. Fue publicado en el Boletín Oficial el 24 de mismo mes, para entrar en vigencia desde el 1 de enero de 1900.

El largo tiempo dedicado a la preparación del Código Civil alemán, con la participación múltiple de juristas y profesores de Derecho, ha dado por fruto un instrumento jurídico de gran calidad técnica y científica. Como el Código francés se sustenta en el reconocimiento de los grandes principios individualistas de libertad de contratación, de competencia, de asociación, de reunión y en la protección sagrada del derecho de propiedad. Introduce sin embargo –como consecuencia indudable de su pro-

longada observación de la aplicación del Código francés y de las virtudes y defectos del mismo– nuevos y fundamentales conceptos, medianamente restrictivos de aquellas libertades, destinadas a impedir los excesos de estas; tales conceptos son los de buena fe, respeto a las buenas costumbres, y abuso del derecho, cuya consideración implica definitivamente una nueva visión del Derecho.

La sistemática y contenido del Código alemán influyó en la dación de los códigos de Suiza (1907), Siam (1925), Japón, Brasil (1916), Tailandia (1925), China (1926), Perú (1936), Grecia (1940), Hungría y Austria.

5.3. El Código Civil italiano

El primer código civil que tuvo Italia fue aprobado en 1865. En su contenido pesó, en gran medida, la influencia del Código Civil francés. Constituyó una respuesta a las necesidades de unificación jurídica que demandaba la unificación política *consagrada* por la proclamación del reino de Italia en 1861. Hasta entonces, en lo que viene a constituir territorio del reino, habían regido cinco distintos sistemas de legislación civil; además en Lombardía imperaba el Código austríaco de 1811.

Muy pronto, en 1867, se manifiestan disconformidades respecto de lo que se consideran inconsistencias y anacronismos del Código acerca de algunos aspectos del Derecho de Familia, más específicamente de la condición inferior a la que sometía a la mujer en relación con el marido (se le impedía donar, enajenar bienes inmuebles, someterlos a gravámenes, contraer préstamos, ceder o recaudar capitales, constituirse en garante, participar o transar en procesos judiciales).

A partir de la década del 80 se plantea la llamada "cuestión social", que denuncia un vacío en el Código respecto del tema

del trabajo y sus condiciones, asunto que se deriva del incremento considerable de la actividad fabril, proveniente de la revolución industrial, cuyos efectos llegan a Italia en los años anteriores. Mayor reclamo de normatividad codificada se hace en relación con el trabajo de las llamadas "medias fuerzas", o sea de los niños y de las mujeres, así como de normas de previsión y protección de los ancianos e inválidos.

En 1822 se dicta un nuevo Código de Comercio (al que se le atribuye características de mayor modernidad y actualidad que el Código Civil) el mismo que establece, para ciertos casos, normas capaces de resolver cuestiones civiles, originando con ello una dualidad antagónica de normas.

El cúmulo de reclamos por la reforma en los temas civiles mencionados y en otros, así como los diversos problemas interpretativos presentados en el curso de los años corridos desde la promulgación del Código, hace que hacia fines del siglo XIX se intensifique el pedido de revisión total o parcial del Código, tanto por el naciente y pugnaz movimiento socialista como por los movimientos tradicionales. Tales inquietudes se materializan en el proyecto de ley presentado en 1893 por Emilio Bianchi, para la conformación de una comisión permanente de legislación civil, por cuya acción se buscaba, en el fondo, efectuar la revisión deseada. La comisión, de treinta miembros, no llegó a funcionar, no obstante la calidad de quienes la integraban –juristas de la más alta calificación– precisamente por el excesivo número de sus miembros y porque faltó un criterio organizador que la condujera.

En 1910 Victorio Scialoja, en su condición de nuevo Ministro de Justicia consiguió la disolución de la comisión constituida en 1893 y la conformación de varias comisiones que trabajaran la reforma en las diversas áreas en materia civil. Es a partir de este momento que comienza realmente el proceso de refor-

ma, en el que Scialoja cumpliría un papel importante.

Diversos hechos ocurridos durante la Primera Guerra Mundial (1914 - 1918) originaron importantes efectos en el proceso de reforma. Tales fueron las graves cuestiones en materia familiar, con derivaciones en el campo sucesorio; la necesidad de modificar, suspender e incluso descontinuar viejos y significativos vínculos contractuales; la exigencia de modificar o, al menos, comprimir el derecho de propiedad, para atender las prioridades sociales que imponía el conflicto; la ausencia de miles de personas cuya suerte y paradero se desconocía; la presunción de muerte de otras; la necesidad de tutela de una multitud de huérfanos de guerra; la demanda de celebración de múltiples matrimonios por poder; el incremento de hijos extramatrimoniales. Estos hechos plantearon a los juristas muchos elementos de juicio y análisis y perspectivas diferentes de vida a las que regían en la etapa pre bélica. La Revolución Industrial y la guerra mundial habían cambiado radicalmente la plácida concepción de vida de los años anteriores.

En 1924 se conformó una nueva Comisión Real que recibió el encargo de recoger y ordenar el material producido hasta ese entonces, con miras a formular las bases de una propuesta integral. Dividida la comisión en cuatro subcomisiones, estuvo integrada por juristas de diversas generaciones, edades y pensamientos, bajo el denominador común de su especial relevancia. Entre ellos estuvieron el propio Scialoja, (que seguiría impulsando incansablemente los trabajos hasta el año de su muerte, ocurrida en 1933), así como Ascoli, Bensa, Bruggi, De Ruggiero, Vassalli, Maroi, Bonfante, Segrí, Azara, Ferrara y Barone.

En 1925 recibe la Comisión Real, del Legislativo, el poder de entregar un documento base para hacerlo efectivo. No obstante ello tienen mayor impulso y atención las reformas en materia penal de comercio.

La primera entrega realmente significativa, aunque parcial, del texto del proyecto en preparación se produjo en 1930. Consistió en el Libro I del Código, De las Personas y la Familia. La presentación la hizo Scialoja al Ministro de Justicia de entonces Alfredo Rocco. En 1936 se hizo entrega del Libro III, Sucesiones y en 1937 del Libro II, Cosas y Derechos Reales (De la Propiedad). Posteriormente se entregaron los Libros IV, De las Obligaciones; V, Del Trabajo; y VI, De la Tutela de los Derechos.

Los libros del Código fueron aprobados separadamente por sucesivos Reales Decretos, comenzando por el Libro I, que recibió aprobación por Real Decreto del 12 de diciembre de 1938. Sin embargo, por Real Decreto de 16 de marzo de 1942, firmado por el Rey Víctor Manuel y refrendado por Mussolini y por Grandi, se aprobó el texto completo del Código, disponiendo las sustituciones correspondientes y determinando la vigencia del mismo a partir del 21 de abril de 1942.

El Código Civil italiano reúne en su contenido disposiciones en materia civil, laboral y comercial. Por ello, más que código meramente civil es un código de Derecho Privado.

En sus preceptos se advierte la diferente y especial consideración que asume frente a la condición e importancia de la persona, que se manifiesta en los dispositivos por los que se determina protección a la integridad física, a la imagen, al nombre, al seudónimo, normas que no habían sido tenidas en cuenta en códigos anteriores. A pesar de haber sido redactado y expedido en tiempo del fascismo no se encuentra en él traza de este espíritu, por el contrario, debido sin duda a la calidad y autoridad de quienes fueron sus autores.

El Código Civil italiano ha influido en la definición de cier-

tas normas del Código Civil portugués de 1966, del Código boliviano de 1975 y del Código peruano de 1984.

6. Resumen del desarrollo histórico de la legislación civil peruana, básica

6.1. Las leyes castellanas y las leyes de Indias

Al momento de producirse la independencia regían en Perú las leyes castellanas, observando la siguiente prelación que Basadre menciona:

"a) La ley posterior no recopilada pues ella derogaba a la anterior si versaban ambas sobre la misma materia;

b) Las leyes compiladas, que eran aplicadas en el siguiente orden de precedencia: 1° La Novísima Recopilación; 2° la Nueva Recopilación; 3° las Leyes de Toro; 4° el Ordenamiento de Montalvo; 5° el Ordenamiento de Alcalá; 6° los fueros territoriales o de lugar, dentro de cuyo concepto podía considerarse el Fuero Real, el Fuero Viejo y el Fuero Juzgo; 7° las Partidas"[11].

Añade Basadre, diciendo "Teóricamente existía un orden de prelación de lo más nuevo sobre lo más antiguo. Sostienen algunos historiadores americanos, sin embargo, que, en el hecho, los jueces optaron por aplicar preferentemente las Partidas. A su vez, otros investigadores objetan que las Partidas fueron aplicadas preferencialmente solo en lo que respecta al libro de ellas dedicado al Derecho Procesal. Esta última opinión parece la más

(11) BASADRE G., Jorge. "Historia del Derecho Peruano". Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales. Lima, 1973. Pág. 231.

exacta... De todos modos, es evidente que al terminar la época colonial la situación se presentaba caótica... Códigos enteros tenían autoridad condicional o hipotética que exigía justificaciones especiales en cada caso (Fuero Juzgo, Fuero Viejo, Fueros Municipales..."[12]).

El Fuero Juzgo es la versión romanceada del *Liber Judiciorum*, una antigua fuente dada en el año 654 por el rey visigodo Recesvinto, que contiene principalmente leyes dadas por él mismo y por su padre el rey Chindasvinto. Se halla dividido en doce libros y estos en títulos. El primero de dichos libros trata de la ley y el legislador; el segundo de la organización judicial; el tercero, cuarto y quinto del Derecho Civil; el sexto, séptimo, octavo y noveno del Derecho Penal; los restantes de diversas materias.

El Fuero Viejo de 1212 es un conjunto de normas destinadas a regular lo concerniente a las prerrogativas de la nobleza castellana.

Los Fueros Municipales son las normas que, a partir de la costumbre local o de los privilegios y exenciones concedidas por los reyes, ordenaron la vida de los habitantes de muchas ciudades españolas.

Las Partidas, atribuidas generalmente al rey Alfonso X, El Sabio, y puestas en vigencia entre los años 1256 a 1265, son, al decir de Francisco Tomás y Valiente, "la obra más famosa de los Derechos hispánicos"[13]. En su valioso contenido se advierte la influencia del Derecho Romano (principalmente del *Corpus Iuris*

(12) BASADRE G., Jorge. Op. cit. Págs. 232 y 233.

(13) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "Manual de Historia del Derecho español". Tecnos. Madrid. Pág. 241.

Justiniano) así como del canónico (las Decretales y el *Libri Feodorum)*. Asimismo de la obra de juristas y pensadores importantes de esa época como Azzo, Accursio, Godofredo, Tancredo, San Ramón de Peñafort y el Ostiense. Se descubre igualmente la inspiración de la Biblia y de filósofos como Aristóteles, Séneca y Cicerón. No es solo un documento normativo sino también doctrinario y fue este en realidad el uso que se le dio inicialmente, hasta que, en 1348, el rey Alfonso XI les dio calidad normativa. Se encuentran divididas en siete partes; la primera trata de la fe católica, la organización de la Iglesia y otros aspectos de Derecho canónico; la segunda, se refiere al poder político y a las relaciones de los reyes con el pueblo, así como a los deberes de unos y otros; la tercera, al Derecho Procesal; la cuarta, al Derecho matrimonial; la quinta fundamenta varias cuestiones de materia civil; la sexta, a las sucesiones; y la séptima, al Derecho Penal. Todos los comentaristas coinciden en elogiar el estilo elegante y claro en que están escritas.

El Ordenamiento de Alcalá, expedido en 1348, tuvo el propósito de poner orden al Derecho que hasta entonces imperaba en Castilla, de modo confuso. Así, dispuso que debían aplicarse en primer lugar las disposiciones reales; en defecto de estas y en segundo término, los fueros municipales; en defecto de ambos y en tercer término las Partidas.

El Ordenamiento de Montalvo, dado en 1484, es llamado así por Alonso Díaz de Montalvo que fue quien efectuó la recopilación de las normas que lo componían y que es reconocido como el mejor jurista español del siglo XV. Reúne leyes de Cortes, pragmáticas y ordenanzas de los reyes castellanos desde Alfonso XI. Sobre dicho Ordenamiento dice Basadre que "presentó deficiencias notorias en cuanto a la cantidad de las leyes vigentes, el orden y la fidelidad de la copia"[14].

(14) BASADRE G., Jorge. Op. cit. Pág. 229.

Las leyes de Toro fueron dadas en 1505, por la reina Juana. Se trata de 83 leyes no ordenadas por títulos ni libros, como lo estuvieron las recopilaciones anteriores. Respondieron al propósito de aclarar algunas disposiciones contradictorias de leyes anteriores, así como al de fijar las correspondientes a algunas instituciones importantes como el mayorazgo.

La Nueva Recopilación sale a la luz en el año de 1567. Es Bartolomé de Atienza quien concluye su preparación, emprendida por varios juristas en años anteriores, y no concluida por muerte de estos. Contiene las leyes, ordenanzas y pragmáticas dadas entre 1548 y 1567. La promulga Felipe II. Tomás y Valiente refiere de ella, recogiendo expresiones de otras comentaristas, que "era sumamente defectuosa" y que estaba "sembrada de anacronismos" y "plagada de errores"; "es cierto, pero aun así, fue utilísima para la aplicación del Derecho"[15].

Por decreto de 15 de julio de 1805, Carlos IV autorizó y mandó la publicación de la Novísima Recopilación que, en mucho, contiene normas ya publicadas en la Recopilación de 1567, pero además las dadas con posterioridad. Tomás y Valiente cita a Martínez Marina que sobre ella dice que tenía "defectos incorregibles por su misma naturaleza; obra inmensa y tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores más laboriosos; vasta mole levantada de escombros y ruinas, edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes irreconciliables..."[16]. El mismo Tomás y Valiente expresa al respecto que "llegó cuando ya era tiempo de poner en práctica las nuevas técnicas codificadoras, y puede decirse que por su anacronismo nació extemporánea, tardía".

(15) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Op. cit. Pág. 269.
(16) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Op. cit. Pág. 398.

Al iniciarse la República también regían en Perú las llamadas Leyes de Indias (o Derecho Indiano), dictadas específicamente con vista a las cuestiones concernientes a los dominios españoles en América. Estas leyes, dadas entre 1492 y 1803, resuelven un sinnúmero de asuntos de carácter diverso. Se ha dicho de estas leyes, que reunían tres caracteres distintivos: su casuismo, porque se trata de regulaciones dadas para atender casos que se iban dando; su particularismo, en la medida en que se expedían para tener vigencia limitada a una provincia o lugar determinados, siendo pocas las que se emitieron para todas las Indias; su creciente descentralización, pues muchas de ellas, y de modo creciente se dieron por las autoridades españolas o criollas residentes en América.

6.2. Inicio de la República

Como bien apunta De Trazegnies, "en realidad, durante los primeros tiempos de la República no existió preocupación mayor por crear un orden jurídico adecuado para el desarrollo de una economía liberal. El interés prioritario era básicamente la organización del Estado, antes que establecer las condiciones legales propicias para facilitar las transacciones privadas. Es así como, a pesar de que muchas constituciones políticas se sucedieron durante esos años, las leyes civiles españolas quedaron vigentes durante toda la primera mitad del siglo XIX, cuando incluso ya habían sido derogadas en España; la preocupación fundamental del Perú independiente era de las constituciones (6 entre 1821 y 1841) antes que la de los códigos"[17].

Es por eso que, a tono con tal situación, no se dan leyes propiamente civiles en los primeros años de la República. Ello

(17) DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX". Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 1992. Págs. 47 y 48.

en contradicción con las profundas modificaciones producidas en Europa en esa área del Derecho, a través de la dación del Código Civil francés de 1804 San Martín dicta tres normas importantes que, si bien tienen trascendencia y proyección en el ámbito civil, fueron más bien expedidas con fines de captación y organización política. Tales son el decreto de 12 de agosto de 1821, por el que resuelve que "todos los hijos de esclavos que hayan nacido y nacieran en el territorio de Perú desde el 28 de julio del presente año... serán libres y gozarán de los mismo derechos que el resto de los ciudadanos peruanos"; el de 27 de agosto de 1821 por el que "queda abolido el impuesto que bajo la denominación de tributo (indígena) se satisfacía al gobierno español"; y el de 28 de agosto de 1821 por el que determina que "Queda extinguido el servicio que los peruanos, conocidos antes con el nombre de indios o naturales, hacían bajo la denominación de mitas, pongos, encomiendas, yanaconazgos y toda otra clase de servidumbre personal; y nadie podrá forzarlos a que sirvan contra su voluntad".

El 31 de enero de 1825, Bolívar, en su condición de Gobernante de Perú, dicta el Decreto Nº 18 disponiendo la conformación de una Comisión para redactar los códigos de la república peruana, comisión que quedó conformada por Manuel Lorenzo de Vidaurre (Presidente de la Suprema), Miguel Tadeo Fernández de Córdova, Ignacio Ortiz de Zevallos, José de Larrea y Loredo, Manuel Tellería, Ignacio Moreno, José Arinaz, Justo Figueroa y Joaquín Quijano. Esta comisión no llegó a producir ningún proyecto. De sus miembros dice Basadre que "fueron eminentes pero realistas, escépticos o rutinarios". Basadre Ayulo[18] indica que la Comisión se reunió una sola vez.

(18) BASADRE AYULO, Jorge. "Historia del Derecho". Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1994. Pág. 385.

El 22 de octubre de 1831 Agustín Gamarra expidió un decreto designando una comisión para la redacción, entre otros proyectos de códigos, del civil, cuya presidencia recayó nuevamente en Manuel Lorenzo de Vidaurre, siendo sus integrantes Francisco Javier Mariátegui, Manuel Tellería y Nicolás de Araníbar. Tampoco esta comisión produjo proyecto alguno.

6.3. El proyecto de Vidaurre

Al aprobarse una nueva Constitución el 10 de junio de 1834 se dispuso, en la Undécima Disposición Transitoria de la misma, que "en la apertura de cada sesión anual presentará al Congreso la Corte Suprema el proyecto de uno de los códigos de la legislación, principiando por el civil".

En cumplimiento de dicha disposición, el 23 del mismo mes y año la Corte Suprema designó a Manuel Lorenzo de Vidaurre para que redactara el proyecto de Código Civil. Nombró, asimismo, una comisión revisora del proyecto conformada por Justo Figuerola, Nicolás de Araníbar y Manuel Pérez de Tudela. El magistrado Cabero Salazar debía dedicarse a la corrección de los trabajos.

El 30 de agosto de 1834 Vidaurre hizo entrega, al Presidente de la Corte Suprema, de la primera parte de su proyecto de Código Civil, que tituló "De las Personas". En febrero de 1835 publicó la segunda parte de su proyecto, denominada "Dominio y Contratos". En 1836 publica la tercera parte, llamada "Últimas voluntades".

Mientras Vidaurre se encontraba dedicado a la preparación de su proyecto, en Perú acontecían hechos que determinarían que el mismo no fuera discutido ni revisado ni entrara jamás en vigencia. En efecto, del 16 al 22 de marzo de 1836 se realiza en Sicuani un congreso de representantes de los departamentos de

Arequipa, Ayacucho, Cuzco y Puno, el mismo que con fecha 17 de marzo acuerda la constitución del Estado Sur peruano. En la primera quincena de agosto de 1836 se reúne en Huaraz una asamblea de representantes de los departamentos de Lima, Junín, Amazonas y La Libertad en la que, el 11 de agosto, se establece el Estado Nor peruano. Posteriormente, por Decreto del Mariscal Santa Cruz de 28 de octubre de 1836, queda conformada la Confederación Perú Boliviana, que integraría a los estados Sur y Nor peruano y a Bolivia. Esta decisión fue ratificada en Tacna, el 1° de mayo de 1837, por representantes de los tres estados.

6.4. Vigencia en Perú de los Códigos bolivianos

Postergado para siempre el proyecto Vidaurre (quien murió en 1841), por decreto de Santa Cruz, de 22 de junio de 1836, se dispuso que el Código boliviano entrara en vigencia en el Estado Sur peruano el 14 de octubre del mismo año. Por decreto semejante empezó a regir en el Estado Nor peruano desde el 1° de enero de 1837.

El Código Civil boliviano, que fue el primero en tener vigencia en Perú, tuvo en su preparación una considerable influencia del Código Civil francés de 1804.

Producida la caída y disolución de la Confederación, como consecuencia de la batalla de Yungay, quedó derogado en Perú el Código boliviano y se produjo el retorno a la vigencia de la caótica y anticuada legislación española pre republicana.

6.5. El Código de 1852

El 9 de octubre de 1845 Ramón Castilla promulgó una ley, disponiendo la preparación de los códigos que el país requería, entre ellos del Código Civil. Posteriormente fue nombrada la comisión, constituida por Manuel Pérez de Tudela, Manuel Ló-

pez Lissón, Francisco Javier Mariátegui, José Julio Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez, Mariano Carrera y José Manuel Tirado. Los dos primeros eran conservadores. Los tres siguientes eran liberales de diversos matices. Carrera falleció al poco tiempo de su designación y Tirado tuvo que abandonar la comisión, también al poco tiempo, primero por haber sido elegido representante parlamentario y luego por tener que dedicarse a tareas de representación diplomática del país.

La comisión le dio preferencia a la preparación del proyecto del Código de Procedimientos Civiles, concluido el cual se entregó a la tarea del proyecto de Código Civil. El 22 de diciembre de 1847 Castilla da una ley fijando el plazo perentorio de 15 días para la entrega de este último proyecto, en respuesta a lo cual la comisión hizo entrega de un proyecto inconcluso, que tenía varias cuestiones sin resolver adecuadamente, sobre todo el concerniente al matrimonio, respecto del cual presentó dos normas; una, la preconizada por el sector liberal de la comisión que propiciaba que el matrimonio fuera considerado como contrato civil; y otra, del sector conservador que planteaba la pervivencia del matrimonio como contrato canónico, regido por las normas del Concilio de Trento. Castilla sometió el proyecto a consideración del Congreso, que se demoró hasta 1849 sin definir el texto del proyecto; uno de los temas críticos y controvertidos seguía siendo el del matrimonio. Ante tales inconvenientes Castilla expide una nueva ley, el 21 de diciembre de 1849, disponiendo, para impulsar la dación del Código, la constitución de una comisión integrada por tres letrados integrantes del Congreso que serían designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de Estado. La nueva comisión debía entregar el proyecto revisado en el plazo de tres meses. Transcurrió un año sin que la comisión cumpliera el encargo y, por el contrario, se permitió introducir modificaciones en el proyecto que afectaron su sistemática y coherencia. Castilla, por esto, decidió, a fines de

1849, dar por concluido el trabajo de esta comisión. Con fecha 22 de noviembre de 1850 Castilla dio un decreto promulgando el proyecto que, con deficiencias, le había sido entregado y disponiendo que entrara en vigencia el 22 de junio de 1851, fecha en la que estaría ya a cargo del gobierno un nuevo Presidente. Su apremió se debió, sin duda, a la ilusión de que el primer Código Civil peruano tuviera el sello de su aprobación.

El 7 de junio de 1851, al poco tiempo de asumir Echenique el gobierno (tomó el mando el 20 de abril de 1851), promulgó dos leyes. Por la primera se suspendían los efectos de la norma por la que Castilla había dispuesto la entrada en vigencia del Código Civil, en razón de que este "carecía de integridad y enlace en sus instituciones"[19]. Mediante la segunda se otorgaba al Congreso la facultad de nombrar una comisión especial compuesta por dos senadores y cinco diputados que efectuaron el examen, reforma y corrección del Código. Esta comisión quedó integrada por los senadores Andrés Martínez Orihuela, que la presidiría, y José Luis Gómez Sánchez (que había pertenecido a la primera comisión), así como por los diputados Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero, Pedro José Flores, Pedro Gálvez Egúsquiza y Manuel Toribio Ureta.

El 19 de diciembre de 1851, Andrés Martínez entregó el informe con el que daba cuenta de la conclusión del trabajo de su comisión, así como el proyecto del Código debidamente corregido.

Mediante ley expedida el 23 de diciembre de 1851 se dispuso que el Presidente de la República promulgara el nuevo Código el 28 de julio de 1852. Y así lo hizo, entrando en vigencia desde el 29 de julio de este año.

(19) BASADRE AYULO, Jorge. Op. cit. Pág. 404.

De este modo se dio el primer Código Civil redactado por peruanos, que tuvo vigencia hasta el 14 de noviembre de 1936. La cuestión del matrimonio se resolvió disponiendo su celebración con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y sometiendo a los tribunales eclesiásticos los asuntos de él derivados, así como los concernientes al divorcio.

En el contenido del Código Civil de 1852 se advierte una importante influencia del Derecho español y del canónico así como del Código Civil francés, en este caso por vía directa y a través del Código boliviano. Este Código estuvo dividido en un Título Preliminar y tres libros: De las personas y sus derechos; De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; y De las obligaciones y contratos.

6.6. El proyecto de 1890

A pesar de su larga duración, el Código de 1852 acusó, desde el comienzo, un manifiesto anacronismo y disconformidad con los profundos cambios sociales y económicos que se venían produciendo en el mundo. Revelaba además la existencia de serios vacíos que, al poco tiempo de su dación, comenzaron a denunciar distintos juristas. Muestra de su anticuado contenido es la ausencia de disposiciones consagratorias del derecho a la igualdad, que constituía uno de los fundamentos del Código francés; por el contrario establecía diversas formas de recusable discriminación, tales como la que diferenciaba a los hijos legítimos de los otros; a las personas libres de los esclavos; a los varones de las mujeres.

En 1877, por iniciativa del diario El Comercio, se dio inicio a la preparación de un nuevo Código Civil. Recibió para ello encargo del gobierno el abogado Antonio Arenas Merino, cuyos avances fueron recogidos varios años más tarde por una comisión constituida por Juan Luna, Manuel Santos Pasapera,

Simón Gregorio Paredes, José Jorge Loayza y Francisco Mariano Fernández, cuyo trabajo concluyó en 1890 con la entrega de un proyecto que no alcanzó trascendencia, al no ser debatido ni promulgado.

6.7. El Código de 1936

Llevado por sectores decididos de la fuerza armada, llegó Augusto B. Leguía al poder, en 1919. A la sazón era candidato favorito para las elecciones y se temía que su triunfo fuera escamoteado por el Gobierno. Al poco tiempo, una Asamblea Nacional determinó su condición de Presidente Constitucional. Llegó realizando cambios fundamentales en el estilo y en las acciones de gobierno; entre ellos, varios importantes en la legislación nacional. Así, puso en vigencia una nueva Constitución que contenía innovaciones significativas, inspiradas en las entonces recientes constituciones mexicana y alemana. Puso también en marcha la preparación de un nuevo Código Civil. Para entonces habían acontecido en el mundo hechos de gran trascendencia, que tenían que originar nuevas reflexiones y situaciones en la realidad social y política y en la vida jurídica del país. Tales eran la Revolución Industrial, con las consiguientes modificaciones en las relaciones de producción; las revoluciones rusa y mexicana; la Primera Guerra Mundial; el fortalecimiento y expansión del capitalismo norteamericano; la dación del Código Civil alemán, que introdujo nuevas formas de considerar y aplicar el Derecho, así como del Código suizo.

La comisión, designada por Resolución Suprema de 26 de agosto de 1922, para la preparación del nuevo Código estuvo integrada por Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema, quien la presidió, así como por los catedráticos de la Universidad de San Marcos Pedro Oliveira y Alfredo Solf y Muro, por Manuel Augusto Olaechea y Hermilio Valdizán, este último médico, jo-

ven y destacado, que hacía poco había regresado de efectuar estudios en Europa. La comisión trabajó entre 1922 y 1936. En este año ya no estaba Leguía en el poder, pues había sido depuesto en 1930. Tampoco estaban Calle ni Valdizán, que habían fallecido. El Código fue promulgado por el Presidente Óscar R. Benavides, con la refrendación de su Ministro Diómedes Arias Schreiber, de conformidad con la Ley N° 8305 que los autorizó para ello. Rigió desde el 14 de noviembre de 1936. Conservó aspectos importantes del Código de 1852 pero cedió ante las influencias innovadoras de los códigos alemán, suizo y brasileño y del proyecto de Código Civil del jurista argentino Bibiloni. A diferencia del Código de 1852, cuyo debate no fue registrado en actas y cuyo contenido no se fundamentó por exposición de motivos alguna, el Código de 1936, fue discutido en interesantes sesiones registradas en actas que constituyen valioso testimonio de la alta calidad de las discusiones; además la ponencia de las Obligaciones fue sustentada en una expresión de motivos escrita por quien la presentó, Manuel Augusto Olaechea. El Código de 1936 estuvo dividido, a la manera del Código suizo, en un Título Preliminar y cinco libros que fueron los siguientes: Personas, Familia, Sucesiones, Reales y Obligaciones.

6.8. El Código de 1984

La primera iniciativa para la reforma del Código Civil de 1936 se produjo con la publicación del trabajo de Carlos Fernández Sessarego titulado "Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano". Dicho trabajo se publicó en el Mercurio Peruano correspondiente a los meses de mayo y junio de 1964. En él propone el autor, en primer lugar, que se efectúe una modificación de orden sistemático en la Sección Primera del Libro I del Código de 1936. Luego, bajo la inspiración del moderno Código italiano, plantea cambios fundamentales, como la incorpora-

ción de normas de reconocimiento y protección de los derechos de la personalidad, ampliación de las regulaciones relativas al derecho al nombre a fin de producir una mejor identificación de las personas, reubicación en este libro del tema de ausencia que estaba indebidamente tratado como caso de incapacidad personal y el reconocimiento –como sujetos de derecho– de las organizaciones no inscritas de personas. Ya antes, sin proponer concreta ni directamente una reforma del Código –como lo hizo Fernández Sessarego en su trabajo– pero insinuando un cambio, José León Barandiarán había hecho notar una gran deficiencia del libro de Obligaciones, consistente en albergar en su texto regulaciones relativas a los actos ilícitos; lo decía en los siguientes términos: "El Código incurre en un defecto sistemático al consignar los dispositivos de la materia dentro de un título que forma parte de la sección destinada a los actos jurídicos, siendo así que el acto ilícito no es una especie del acto jurídico, pues el carácter determinado de este es precisamente la licitud"[20].

Otros profesores de Derecho habían hecho notar igualmente significativas imperfecciones del Código referentes a materias de sus especialidades. Bien podía decirse que había un ambiente de reforma que solo aguardaba una señal para que se iniciara.

Así fue, pues por Decreto Supremo N° 95 del 1 de marzo de 1965, dado por el Presidente Fernando Belaúnde Terry con la refrendación de su flamante ministro de Justicia Carlos Fernández Sessarego, se constituyó una comisión que se encargaría del estudio y revisión del Código de 1936, "con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes"[21].

(20) LEÓN BARANDIARÁN, José. "Comentarios al Código Civil peruano" (Derecho de Obligaciones). Tomo I. Ediar Sociedad Anónima Editores. Buenos Aires, 1954. Pág. 375.

(21) Decreto Supremo Nº 95 de 1 de mayo de 1965.

La comisión quedó compuesta de la siguiente manera: la presidiría el ministro de Justicia, Carlos Fernández Sessarego y la integrarían José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Rómulo Lanatta Guilhem, Jorge Vega García, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Max Arias Schreiber e Ismael Bielich Flores. Castañeda no llegó a incorporarse a la comisión. Por fallecimiento de algunos miembros de la comisión y por ampliación de esta, ingresaron posteriormente a ella Jorge Avendaño Valdez, Alberto Eguren Bresani, Manuel García Calderón Koechlin, Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda, Fernando Vidal Ramírez, Lucrecia Maisch von Humboldt y Manuel de la Puente y Lavalle.

En 1974 se hizo entrega al Consejo Nacional de Justicia de los anteproyectos del Título Preliminar y del Libro de Personas. En 1977 se entregaron, también al Consejo y a la Corte Suprema, los anteproyectos relativos a Obligaciones y Contratos. Dichos anteproyectos fueron igualmente entregados en 1978 al Consejo Nacional de la Magistratura. En 1981 el ministro de Justicia hizo entrega del proyecto total, para su consideración, al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

El 27 de mayo de 1982 se promulgó la Ley N° 23403 facultando al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Legislativo promulgara el nuevo Código Civil, previa revisión que debía efectuar una comisión a designarse para este fin, la que quedó integrada por Javier Alva Orlandini, como Presidente de la misma, César Fernández Arce, Jack Biggio Chrem, Róger Cáceres Velásquez, Eduardo Haya de la Torre, Roberto Ramírez de Villar, Ricardo Castro Becerra, Rodolfo Zamalloa Loayza y Guillermo Velaochaga Miranda. El 5 de julio de 1984 concluyó la tarea de revisión del proyecto y el 24 del mismo mes y año se promulgó el Código, por Decreto Legislativo N° 295, indicándose que debía entrar en vigencia desde el 14 de noviembre de ese año.

El Código de 1984 se encuentra dividido en un Título Preliminar y diez libros que son los siguientes: Personas, Acto Jurídico, Familia, Sucesiones, Reales, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones, Prescripción y Caducidad, Registros Públicos y Derecho Internacional Privado. Además de estar inspiradas sus disposiciones en muchos de los preceptos de los códigos precedentes también lo está de manera importante en el Código Civil italiano.

CAPÍTULO II

EL LIBRO DE PERSONAS DEL CÓDIGO DE 1984

CAPÍTULO II

El Libro de Personas del Código de 1984

El Libro de Personas del Código Civil peruano de 1984 constituye un importante hito de avanzada en el desarrollo del Derecho Civil en el mundo.

En el Código francés de 1804 la persona humana parece pasar por la vida como una sombra o un fantasma, pues en ningún momento tiene presencia individual para obtener el reconocimiento explícito de los derechos que corresponden a sus atributos más propios e íntimos, a los que recaen sobre ella misma, a los que determinan su personalidad (el honor, la libertad, la vida, etc.). El Libro de Personas de dicho código apenas menciona a la persona en calidad individual para referirse, de modo muy genérico, al goce y casos de privación de sus derechos civiles, a su domicilio y a las situaciones de ausencia. Recoge luego prescripciones reglamentarias sobre el funcionamiento de los registros civiles, de suyo extrañas en un código de esa naturaleza. Después trata de todo lo concerniente a la familia, en la que

el individuo, la persona, solo forma parte de un todo, se confunde y pierde entre la multitud de los lazos y relaciones familiares, desaparece como ente autónomo dentro de una concepción inocultable y raigalmente romanista. Aparece sin embargo, más tarde, como titular de derechos manifiestamente materiales y patrimoniales, como propietario o como obligado u obligante de un sinnúmero de exigencias económicas valorables; parece, de todo ello, que solo lo patrimonial tuviera significado y sentido. Así, el Código francés proclama en su artículo 544 que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta". De ahí proviene la injusta y peyorativa crítica de varias corrientes modernas del Derecho que acusan al Código francés de patrimonialista y materialista, sin caer en cuenta de que este código y las un poco anteriores revoluciones francesa y americana, que lo inspiraron, fueron las primeras en instaurar en serio, en el mundo, el derecho a la igualdad y de que este tenga validez para todos los hombres. Sin caer, además, en cuenta que antes del Código francés muy pocos podían ser realmente propietarios, que todos los bienes importantes y aun los hombres en su vida y destino estaban sujetos a la voluntad y decisión de los señores y de los monarcas. Y que el énfasis tan especial del Código francés acerca del derecho a la propiedad se encontraba plenamente justificado.

Solo sobre la vigencia de los derechos a la propiedad y a la igualdad, reconocidos por el Código francés, se hace posible la conversión de multitudes de Francia y del mundo, de parias en ciudadanos; solo después del ejercicio pleno de esos derechos, que otorgan a mucha gente la dignidad que antes no tuvieran, será posible pensar en el nacimiento e imperio de otros derechos que hacen aún más efectiva la dignidad.

Ninguna diferencia fundamental existe entre los libros de personas del Código francés y del Código Civil peruano de 1852.

Salvo por algunas adiciones referentes a la ausencia, el Código alemán de 1900 difiere también poco con los códigos nombrados precedentemente en cuanto al tema de las *personas*.

El Código peruano de 1936 conserva también el perfil de código "patrimonialista", por cuanto presenta igualmente a las personas, en el Libro correspondiente –el primero– como personajes poseedores únicamente de la atribución de hacer transacciones concernientes a bienes económicamente valuables, sin entrar aún en el desarrollo de su esfera propiamente personal, íntima. Respecto de su antecesor, tiene la virtud de mostrar su mejor desarrollo en las cuestiones concernientes a la capacidad de las personas, a la protección del derecho al nombre y al domicilio.

El Código Civil italiano de 1942 es el primero que, en su Libro De las Personas y De la Familia, se ocupa de los llamados derechos de la personalidad o derechos personalísimos, concediéndoles reconocimiento y protección. Se refiere a los actos de disposición del propio cuerpo, que los prohíbe "cuando ocasionan una disposición permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, el orden público o a las buenas costumbres" (artículo 5), y al derecho a la imagen de las personas (artículo 10).

El Código Civil peruano de 1984 contribuye con innovaciones importantes al dedicar, en su Libro Primero, todo un Título al reconocimiento y protección de los derechos que llama "De las personas". Se refiere de modo genérico a los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana. Además, establece disposiciones específicas sobre los derechos a la integridad física, a la disposición de partes del cuerpo, a la disposición del propio cadáver y de cadáveres ajenos, a la intimidad, a la imagen y voz y al secre-

to de las comunicaciones privadas. Pero su mayor contribución reside en el reconocimiento del concebido como sujeto de derecho, consagrado en el artículo primero del código.

CAPÍTULO III

SUJETOS DE DERECHO

CAPÍTULO III

Sujetos de derecho

1. Concepto de sujeto de derecho. Los sujetos de derecho en el Código Civil peruano

Se llama sujeto de derecho a todo ente capaz de tener derechos o contraer obligaciones; todo "centro de imputación de deberes y de derechos". La norma es la que, en los diversos sistemas jurídicos, cumple el papel de determinar cuáles son los entes que obtienen el reconocimiento que les permita convertirse en dichos centros de imputación, sujetos de derecho.

Solo el ser humano es capaz de actuar como centro de imputación de deberes y de derechos. Lo hace de distintos modos. Esos diversos modos o formas reciben el nombre de sujetos de derecho. En el Código Civil peruano de 1984 encontramos los siguientes sujetos de derecho:

a) El concebido

El artículo 1, segundo párrafo, del código le reconoce tal condición cuando establece que "La vida humana comien-

za con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece".

b) La persona natural o individual

Reconocida como sujeto de derecho por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1 del Código, que dispone que "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento".

c) La persona jurídica

Considerada sujeto de derecho en virtud de lo prescrito por el artículo 77 y siguientes del código que indica "La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro, salvo disposición de la ley".

d) Las organizaciones no inscritas de personas

Son reputadas como sujetos de derecho en aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 124 a 133 del código.

e) La sociedad conyugal

Adquiere la condición de centro de imputación de deberes y de derechos, sujeto de derecho, distinto de quienes la integran por disposición de los artículos 287 a 294 del Código, concordados con el artículo 36 del mismo y con la norma IX del Título Preliminar del Código Tributario.

Acerca del concebido como sujeto de derecho nos ocuparemos más extensamente en adelante.

La persona natural (llamada también individual, por la doctrina) ha sido reconocida siempre como sujeto de derecho, aun cuando es pertinente aclarar que durante muchos siglos se ha

hecho diferencias entre las personas naturales, para atribuirles a algunas pocas plenitud de derechos y restringirles las facultades a la mayoría. En Roma y en tiempos posteriores, por ejemplo, se les privó a los esclavos de casi todo derecho. En la Edad Media y en gran parte de la Edad Moderna se concedió solo a algunas personas el derecho de propiedad, así como el ejercicio de estos derechos importantes; y se les otorgó, además, la capacidad de regir el destino de muchos de sus semejantes.

En el Código Civil francés de 1804 aparece como sujeto de derecho únicamente la persona natural. No se reconoce expresa ni explícitamente otros sujetos de derecho y aun cuando se alude a ciertas formas primarias de personas jurídicas (los establecimientos públicos o de utilidad pública) solo se les permite existencia y funcionamiento limitados, condicionados a la tutela y vigilancia del Estado. Una actitud de severa desconfianza hacia las organizaciones de personas –que trasciende a su código– imperó en Francia y en el mundo, durante muchos años. La revolución francesa suprimió todas las corporaciones existentes y el Código Penal determinó que era delito la asociación de 20 personas, no autorizada por el Estado. Durante mucho tiempo se evitó emplear la expresión "persona civil", equivalente a persona jurídica, hasta que en 1884 fue usada por la Ley Municipal de 5 de abril. Lo cierto es que la persona jurídica (llamada posteriormente en Francia "persona moral", en uso de aquella acepción de la palabra moral que se refiere a lo que "no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento de la conciencia") se fue abriendo paso, poco a poco, con dificultad; así el 21 de junio de 1865, se autorizó la constitución de asociaciones de socorros mutuos; el 21 de marzo de 1884, de los sindicatos profesionales. Finalmente el 1 de julio de 1901 se dictó la Ley de Asociaciones que admitió la libertad de asociación, suprimiendo las sanciones previstas por el Código Penal contra las asociaciones constituidas sin autorización y

consintiendo que las asociaciones adquieran personalidad sobre la base de una simple declaración.

Francesco Ferrara se refiere en los siguientes términos a esa permanente actitud de recelo e impedimento hacia las diversas formas de personas jurídicas, que se manifiesta de manera patente desde las leyes romanas prohibitivas de César y Augusto hasta el siglo XIX: "El gobierno miraba con desconfianza las asociaciones, y por esto exigía su control preventivo para su contribución... Y cuando luego los colegios eran aprobados se convertían en instrumentos en manos de la Administración Pública...". Se refiere después a Cluck quien dice "la corporación es una sociedad aprobada y privilegiada por el Estado que se constituye para la realización de un fin perenne de común utilidad, y que es acción ilícita y punible la empresa de fundar una persona moral sin aprobación del Estado"(22).

Nuestro primer Código peruano, el de 1852, fijó una posición semejante al Código francés, en lo referente a personas jurídicas.

En el momento de la preparación del Código Civil alemán las cosas habían cambiado en cuanto a la necesidad y destino de las personas jurídicas. En cuanto sujetos de derecho como hemos visto, en Francia se habían ido abriendo espacio, cada vez más amplio y franco. La vida social y económica, y por ende la jurídica, demandaban en todo el mundo, sobre todo en Europa, su existencia.

Savigny, notable opositor de la codificación, pero que, paradójicamente, fue uno de los que con sus ideas y propuestas contribuyó más y mejor a la preparación del Código alemán, decía

(22) FERRARA, Francisco. "Teoría de las personas jurídicas". Talleres Tipográficos de la Editorial Reus S.A. Madrid. Pág. 81.

en su "Sistema de Derecho Romano actual" (1836): "He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo, y ahora la voy a considerar en relación con otros seres *ficticios,* a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir personas que no existen si no para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho... Empleo la palabra persona jurídica en oposición a persona natural, es decir al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico"[23]. *El Código alemán dedicó todo el Título Segundo de la Sección Primera de su Parte General, a dar nacimiento a ese nuevo sujeto de derecho que serían las personas jurídicas*; trata en él de las Asociaciones, Fundaciones y Personas Jurídicas de Derecho Público.

En la doctrina y en la legislación las personas jurídicas, además de esa denominación, han recibido diversos nombres: personas morales y personas civiles (como hemos visto ya), personas incorporales, personas impersonales, cuerpo moral, ente moral, institutos, personas colectivas, personas sociales. El Código Civil argentino diferencia a las personas de existencia visible (que son las naturales) de las de existencia ideal (personas jurídicas, artículos 31 y 32).

El Código Civil peruano de 1936 siguiendo el camino de su esclarecido modelo, el Código alemán, reconoció a las personas jurídicas como sujetos de derecho, reservando a ese fin toda la sección Tercera del Libro Primero, en la que regula la vida de las Asociaciones, Fundaciones y Comunidades Indígenas.

El Código Civil italiano de 1942, además de considerar como sujetos de derecho a las personas naturales (a las que llama físi-

(23) DE SAVIGNI, Federico Carlos. "Sistema de Derecho Romano actual". Tomo II. F. Góngora y Compañía Editores. Madrid, 1879. Págs. 60 y 62.

cas) y a las personas jurídicas, concede también tal calidad a las asociaciones no reconocidas, mejor dicho a las no inscritas. *Con esto último da existencia a una tercera especie de sujetos de derecho: organizaciones no inscritas de personas.*

El Código Civil peruano de 1984 inspirado en el Código italiano, reconoce también la condición de sujetos de derecho a las organizaciones no inscritas de personas (asociaciones, fundaciones y comités no inscritos). De ordenar su existencia se ocupan los artículos 124 a 133 (Sección Tercera del Libro Primero).

La sociedad conyugal es, como bien define el Diccionario de la Lengua Castellana, una "agrupación pactada de personas, *que constituyen unidad distinta de cada cual de sus individuos*, con el fin de cumplir, mediante mutua cooperación, todos o algunos fines de la vida..."[24]. Como tal, es sujeto de derecho.

La ley peruana le atribuye derechos y obligaciones que debe ejercer y ejecutar, como ente diferente de los cónyuges que individualmente lo conforman. La Sección Segunda del Libro III del Código le otorga de inicio, bajo denominación explícita, la condición de *sujeto de derecho*. Se fija, luego, el derecho de ser representada, para cuestiones importantes, conjuntamente por los cónyuges, o individualmente por cualquier de ellos, para las necesidades ordinarias del hogar (artículo 292). Le da también el derecho de optar, mediante expresión de los cónyuges, por el régimen patrimonial que estime conveniente: sociedad de gananciales o separación de patrimonios (artículo 295); o de sustituir el escogido (artículo 296). En el caso de elegir el de sociedad de gananciales le concede la titularidad de esta y por tanto, le asigna la responsabilidad de administrar el patrimonio social

(24) Diccionario de la Real Academia Española. 19ª edición. Madrid, 1970. Pág. 1212.

(artículo 313) así como de disponer y gravar dichos bienes (artículo 315). Le asigna luego (artículo 316) la obligación de sostener a la familia así como la educación de los hijos (inc. 1); de proveer los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado a dar a otras personas (inc. 2); de proporcionar el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes de ambos cónyuges (inc. 3); de efectuar las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios de cada cónyuge, así como las retribuciones o tributos que los afecten (inc. 4); a ejecutar las mejoras útiles y de recreo que la sociedad decida efectuar en bienes propios de uno de los cónyuges con consentimiento de este (inc. 5); a realizar las mejoras y reparaciones necesarias en los bienes sociales, así como los tributos y retribuciones que los afecten (inc. 6); a pagar los atrasos o réditos devengados de las obligaciones que estuviesen afectos tanto los bienes propios como los sociales, cualquiera que sea la época a que correspondan (inc. 7); a solventar las cargas que pesan sobre los usufructuarios respecto de los bienes propios de cada cónyuge (inc. 8) a atender los gastos que cause la administración de la sociedad (inc. 9). Le otorga, asimismo, a la sociedad conyugal la patria potestad (artículo 418), por la que tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de los hijos menores, patria potestad que, dice el artículo 419, debe ejercerse conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio (mejor dicho por la sociedad conyugal).

Confirman la condición de sujeto de derecho de la sociedad conyugal, de modo terminante, el artículo 36 del Código que establece la existencia del domicilio conyugal, así como la norma XI del Código Tributario que les reconoce a las sociedades conyugales la condición de sujetos de derecho, distintos de las personas naturales o jurídicas o de otros entes.

Pero la concepción de la sociedad conyugal no debe agotarse en el campo de lo material y patrimonial; como acontece en

los Códigos civiles arquetípicos. Es necesario pensar en una entidad que no se circunscriba –como lo prescribe nuestro código– a la procreación y a lograr la recíproca fidelidad y asistencia de los cónyuges. La sociedad conyugal debe ser –es, en realidad, cuando funciona como corresponde–, el ente que poniéndose por encima de las individualidades de sus componentes da origen a una unidad de ideales, afectos profundos, proyectos, sueños, esperanzas de todo género, que no solo son de los cónyuges –que es decir bastante– sino también de los hijos, mejor dicho de la familia, que es célula básica, cimiento de cuya consistencia depende la de la sociedad entera. Tal es la importancia de la sociedad conyugal, como sujeto de derecho reconocido y admitido por nuestra legislación.

CAPÍTULO IV

EL CONCEBIDO

CAPÍTULO IV

El concebido

1. El concebido

Los romanos no le reconocían al concebido la condición de sujeto de derecho. Para ellos era simplemente *"portio mulieris vel viscera"*, mejor dicho porción, parte de la madre (Digesto 25, 4, 1, 1). Admitían, sin embargo, que se pudiese reservar algunos derechos hasta el momento de su nacimiento bajo el principio expresado por Paulo en el Digesto 1, 5, 7: *"Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditut, quoties de commodis ipsius partus, quaeritur quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit"* (El que está en el útero es protegido lo mismo que si estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trate de las ventajas de la propia criatura, aunque, antes de nacer, en manera ninguna aproveche a otro). Así, como dice Volterra, para guardarle al concebido, hasta su nacimiento, los bienes que pudieran serle transmitidos por vía sucesoria, y también para considerarlo ciudadano libre, desde su nacimiento póstumo, si en el momento de la concepción el fallecido padre

tenía tal condición y se había unido en justas nupcias con la madre, aunque esta fuera esclava o peregrina. Como puede verse no se trataba realmente de un otorgamiento de derechos al concebido sino a quien nacería después. Para ello se recurre al fingimiento, a la ficción de que el concebido existe ya desde antes de nacer. Pero en la medida que no puede ejercer derecho alguno sino desde el nacimiento, el concebido no es en sí titular de nada.

Este concepto se repite a lo largo del tiempo, sin modificaciones esenciales, salvo la que se da en la Edad Media, cuando bajo la influencia del cristianismo se considera que el concebido es un ser humano distinto de la madre, desde el instante en que en él se establece el alma; se discute entonces el momento en que ello acontece. Tertuliano sostiene que esto se produce desde el momento de la concepción. San Agustín, San Jerónimo y otros –en cambio– afirman que es desde que adquiere figura humana. Lo importante es que dicha consideración sirve de fundamento para condenar el aborto.

En el Libro de Personas del Código Civil francés nada se dice sobre el comienzo de la vida del ser humano. Sin embargo, el artículo 725 indica que: "Para suceder, hay que existir necesariamente en el instante de la apertura de la sucesión.

Así son incapaces de suceder: 1° El que no esté todavía concebido; 2° La criatura que no nace viable".

El Código Civil alemán señala en su artículo 1 que: "la capacidad jurídica de las personas *(mejor dicho su aptitud para tener derechos*) empieza con la consumación del nacimiento". En el artículo 1923 indica que: "solo puede ser heredero quien viva al tiempo de la muerte del causante.

Quien aún viva al tiempo de la muerte del causante, pero

estuviese ya concebido, vale como nacido antes de la muerte del causante".

El artículo 29 del Código Civil español determina que: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". El artículo 30 dice: "Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". El artículo 627 señala: "las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiese verificado ya su nacimiento".

El Código Civil italiano dispone en su artículo 1 que: "La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento...".

Como puede verse existe diferencia entre los Códigos Civiles francés e italiano, de una parte, y de la otra, los Códigos alemán y español. Para aquellos, los seres humanos son aptos para adquirir derechos desde sus nacimientos. Estos, por otro lado, exigen el requisito de la viabilidad, o sea que después del nacimiento el nacido dé pruebas de capacidad para seguir viviendo; el Código español fija para ello el plazo de veinticuatro horas y añade además que tenga "figura humana".

El Código Civil argentino de 1869, vigente desde 1871, contiene una posición diferente, sustancialmente innovadora frente a los Códigos antes mencionados, respecto del concebido. Por obra de su autor, Dalmacio Vélez Sarsfield que, en este y otros aspectos, recogió inspiración en el proyecto del brasileño Texeira de Freitas, distingue tres clases de sujetos de derecho: las personas de existencia ideal (personas jurídicas), las de existencia

visible (personas naturales) y las personas por nacer (concebidos). Esta última referencia, la de los concebidos, es la que constituye importante novedad y avance. No se trata pues ya de seguir considerando al *nascituro,* como *"portio mulieris vel viscera"*, porción o parte de la madre, como de un modo u otro, había sido reputado por los demás Códigos, sino de sostener que es un ser diferente, con entidad propia. Lo dice el artículo 63 del Código argentino: "Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno"; pero lo dice de manera más clara y terminante la nota que el autor del código incluye a continuación del artículo: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fueran personas futuras no habría sujeto que representar...". El artículo 70 añade texto importante, en el que se concede ya derechos al concebido: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Texeira de Freitas y Vélez Sarsfield obraron, en esta materia, guiados por admirable intuición, pues en el tiempo en que se prepararon sus proyectos no había avanzado aún la ciencia de modo de proporcionarles elementos que les permitieran llegar a las conclusiones que arribaron.

La doctrina argentina es prácticamente uniforme en el hecho de sostener que los derechos a que hace referencia el artículo 70 (derecho a adquirir bienes por herencia, legado o donación, alimentos, indemnización por hecho ilícito), antes citado, son solo patrimoniales; también coincide en pensar que se trata de derechos otorgados pero no ejercitables sino a partir del nacimiento.

Así opina, por ejemplo, Spota: "Lo decisivo, en cambio, ra-

dica en establecer que para nuestro sistema de derecho positivo es persona el concebido, o sea, tiene existencia desde la concepción en el seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, es decir, aptitud para la titularidad de algunos derechos, que se adquieren irrevocablemente si nacen con vida *o se resuelven si tal nacimiento no se produce, en cuyo supuesto se considera como si nunca hubiera existido*"[25]. Lo mismo piensan Llambías[26] y Borda. De ello resulta que, en términos efectivos, si bien las normas argentinas tienen el mérito de estimar al concebido como ser existente y no futuro, no muestran sin embargo diferencia con los demás Códigos afiliados a la teoría de la ficción, pues esperan –como ellos– el nacimiento para reconocerles derechos al concebido realmente solo desde ese momento.

El Código Civil peruano de 1984 es el primero, en el mundo, que reconoce la condición de sujeto de derecho del *concebido* y le otorga ciertos derechos que puede ejercer mediante representación desde el inicio de su existencia. Lo hace en los siguientes términos, contenidos en el segundo párrafo del artículo 1: "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". Este párrafo fue añadido al proyecto del código en la última etapa del largo proceso de su preparación. No se encuentra en el proyecto presentado en 1980 por la Comisión Reformadora ni en el publicado por esta en 1982; tampoco en el de la Comisión, de febrero de 1984. El ponente del Libro I, Carlos Fernández Sessarego, relata que fue materia de sucesivas iniciativas suyas expuestas en memorandos de 12 de abril de 1983, de 1 y 11 de mayo de 1984 y de 10 de junio de ese mismo

(25) G. SPOTA, Alberto. "Tratado de Derecho Civil". Tomo I. Parte General. Vol. 3. Ediciones Depalma. 1968. Pág. 49.

(26) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil". Parte General I. Editorial Parrot. 1991. Pág. 251.

año; dichos memorandos no fueron publicados y no ha sido posible conocerlos. La vigencia de ese precepto constituye un paso trascendental en la historia jurídica del reconocimiento de la dignidad del ser humano. Contribuyeron, sin duda, a su dación, el hecho de que los avances de la medicina y de la genética, en la década del 80, posibilitaran identificar al concebido como ser de propia entidad, superando el viejo concepto del *"portio mulieris vel viscera"*, y que a esa época se hubiera impuesto el reconocimiento preeminente de los derechos extrapatrimoniales.

El párrafo del artículo 1, antes citado, comienza por distinguir los derechos extrapatrimoniales de los patrimoniales, para luego indicar, de modo implícito pero claro, que los no patrimoniales le corresponden y puede ejercerlos el concebido desde el mismo momento de la concepción; en cuanto a los patrimoniales dispone, en texto que puede ser más exacto, que podrán serle atribuidos desde el mismo momento de la concepción pero que solo podrá ejercerlos desde el nacimiento. En las últimas décadas se ha producido un cambio muy considerable en lo que concierne a la importancia y atención dada a los derechos no patrimoniales; esto ha decidido el desarrollo significativo de algunos derechos de esa clase, que ya existían, y el nacimiento de otros. Muchos de esos derechos son los que se reconoce al concebido. Ordoqui considera que son derechos no patrimoniales del concebido los derechos a la vida, a la integridad física, a la filiación y a la protección prenatal[27]. Varsi estima que, además, le corresponden los derechos a conocer su origen biológico, a su individualidad biológica, a su integridad psicosomática, a su identidad genética, a su identidad sexual y a la salud[28]. Vilacoro

(27) ORDOQUI, Gustavo. "Estatuto de los Derechos de la Personalidad: Los Derechos del Concebido no nacido". En: *De la Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995. Págs. 254 a 272.

(28) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho y Manipulación Genética". Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1996. Págs. 101 a 118.

piensa que también son suyos los derechos a la propia herencia o dotación genética, al hábitat natural (el vientre de su propia madre), a la inviolabilidad de la esencia intrínsecamente humana y a la permanencia en su ser específico[29]. En cuanto a los derechos patrimoniales, puede el concebido adquirir cuantos sean legalmente concebibles, pero solo podrá ejercerlos a condición de que nazca vivo, a partir de su nacimiento, con aplicación de una especie de condición resolutoria si es que abortara o naciera muerto. Esta disposición referida a los derechos patrimoniales guarda concordancia con los artículos 856 ("La partición que comprende los derechos de un heredero concebido será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos") y 598 de nuestro Código Civil ("A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad..."). Es de aplicación respecto de esos y otros derechos, no patrimoniales y patrimoniales, la disposición del inc. 6 del artículo 423 del Código que establece que es deber y derechos de los padres "representar a los hijos en los actos de la vida civil", representación que debe entenderse que comprende la de los concebidos.

El párrafo segundo del artículo 1 del Código peruano vigente es el fundamento más consistente para la represión penal del aborto. El concebido no es una esperanza de vida, como siguen sosteniendo tan equivocadamente algunos penalistas peruanos y extranjeros. Es vida humana, irrepetiblemente individualizada a partir de la concepción, como acertadamente lo proclama dicha disposición. Es por tanto carente de sentido y razón seguir

(29) VILA-COROBARRACHINA, María Dolores. "Introducción a la Biojurídica". Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995. Págs. 147 a 170.

manteniendo en el Código Penal penas tan benignas por la comisión del delito de aborto, en contraste con las justificadamente severas previstas para la comisión de las varias formas de homicidio, pues, finalmente, se trata en ambos casos de atentados contra la vida, con el agravante –en el caso de aborto– de que la víctima es un ser inocente e indefenso.

El Código de 1852 señala en su artículo primero que: "El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer"; en el artículo segundo que: "El hombre desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes"; en el tercero, "Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece"; en el cuarto, "El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y transmitir estos derechos: que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana". Como puede advertirse, el artículo tercero lo sitúa en la teoría de la ficción, para los efectos del otorgamiento de derechos. El cuarto, en la de la viabilidad, para efectos de determinar desde cuándo pueden ejercerse tales derechos.

El artículo 1 del Código de 1936 afilia a este código en la teoría de la ficción al disponer lo siguiente: "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

2. Preservación de los derechos del concebido y de la madre

El artículo 2 del Código de 1984 contiene la siguiente norma destinada a preservar los derechos del concebido y de la madre: "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento". Dicho precepto tiene su origen

en los numerales segundo y cuarto del Código de 1936, que decían lo siguiente: "Segundo.- Los que tienen un derecho susceptible de desaparecer o de disminuirse por el nacimiento de un póstumo pueden designar persona que se cerciore de la realidad del nacimiento. Igual derecho corresponde al marido en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Si la persona designada es rechazada el juez hará el nombramiento, el cual debe recaer en persona facultativa si la hubiese". "Cuarto.- La mujer grávida puede solicitar que se reconozca su estado".

Al respecto y comentando el artículo 2 del Código de 1936, dice León Barandiarán que a través de este lo que se quiere es "utilizar un medio para evitar suplantaciones"[30]. Acerca del cuarto en caso de postumidad expresa que "tiene por fin atender el interés de la madre y del concebido en cuanto al reconocimiento de la paternidad ilegítima, de la prestación de alimentos, de indemnización por daño moral en los casos de promesa de matrimonio, cohabitación delictuosa o minoridad al tiempo de la concepción". Sin duda, el artículo 2 del nuevo código ha reducido considerablemente los alcances de la protección que dispensaban al concebido, a la madre y a terceros provistos de interés legítimo los artículos 2, 3 y 4 del código derogado, empobrecimiento que no tiene explicación lógica y que ha sido realizado –como lo señala el ponente del Libro I– por la Comisión Revisora.

En apoyo del propósito de preservación de derechos antes indicado, así como de un claro deslinde de filiación, se ha dado recientemente la Ley N° 27048 que, entre otras cosas, permite acreditación mediante el uso de la prueba de ADN la que, como se sabe, procura alto grado de confiabilidad y certeza.

(30) LEÓN BARANDIARÁN, José. Op. cit. Pág 194.

CAPÍTULO V

DERECHOS DE LA PERSONA

CAPÍTULO V

Derechos de la persona

1. Definición

Los llamados –por el Código Civil peruano– derechos de la persona, son derechos subjetivos que tienen las personas respecto de determinados atributos, importantes y esenciales, conformantes de su naturaleza física y espiritual y cuya supresión o vulneración lesiona la dignidad humana.

De Castro y Bravo dice de ellos que "son derechos que conceden un poder a la persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades"[31].

Bou Valverde y Pérez Vargas los definen como "derechos que protegen los valores esenciales de la persona, en sus diversos planos de proyección (físico, psíquico, intelectual, espiritual y de relación)"[32].

(31) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit. Tomo I. Pág. 588.

(32) BOU VALVERDE y PÉREZ VARGAS. "Derecho Privado". Publitex. San José, Costa Rica, 1998. Pág. 83. Citados por CIFUENTES, Santos. "Derechos Personalísimos". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995. Pág. 199.

2. Su naturaleza jurídica

Hay quienes les niegan la condición de derechos subjetivos, por encontrar –en uso de extremado apego a concepciones tradicionales– que son esencialmente diferentes de los conocidos derechos patrimoniales y porque estiman inconcebible que puedan ser uno, al mismo tiempo, el sujeto y el objeto de derecho. Tales objeciones, sin embargo, han venido quedando superadas en el tiempo al reconocerse que, en efecto, se trata de derechos sustancialmente distintos de los patrimoniales y que no existe inconveniente ni dificultad en que una persona sea titular de derechos que, en vez de proteger las cosas de su dominio, de su entorno, la protejan a ella misma, en el ejercicio e inviolabilidad de sus propios atributos. A mi juicio, no cabe duda de que se trata de derechos subjetivos pues se trata ciertamente de poderes o facultades que la persona tiene sobre esos atributos –todos fundamentales e importantes para su existencia y realización, aunque haya grados en ello– que pueden ser la vida, la libertad, la igualdad, el honor, la integridad física y otros más. Por esos poderes o facultades la persona puede impedir anticipadamente que sean vulnerados dichos atributos; puede permitir que sean utilizados aceptando ciertas restricciones, legalmente permitidas, sobre los mismos; puede obtener cesen las violaciones producidas sobre ellos; y puede exigir le sean resarcidos o reparados los daños que se le hubiera causado como consecuencia de la infracción cometida en su perjuicio a través del quebrantamiento de esos atributos.

Es necesario poner énfasis en el hecho de que no cabe duda de que se trata de la clase más importante de derechos subjetivos, entre las varias clases de estas. Es que se trata de derechos que comprometen la condición humana del ser, su dignidad, su destino diario.

3. Sus caracteres

Los llamados derechos de la persona tienen rasgos y caracteres propios que los distinguen claramente de los demás derechos. Cifuentes[33] hace una acertada enumeración de los mismos, que la hacemos nuestra casi en su totalidad. Considera que son:

a) ***Innatos***: O sea, nacidos con el ser humano, existentes desde el mismo momento en que comienza la existencia de este. Nacidos, además, de la condición preeminente que corresponde a todos los seres humanos respecto de los demás de la *creación* y no de la decisión de autoridad alguna. El hecho de que durante milenios no se haya reconocido la condición innata de estos derechos y que, por el contrario, hayan sido objeto de desconocimiento y violación no debe servir de fundamento para que se niegue que residen en la naturaleza de todos los hombres. Tampoco debe ser razón de desconocimiento el hecho de que unos y otros derechos han ido apareciendo en distintos momentos de la historia, pues ello se ha debido a las diversas circunstancias que han motivado, en cada caso, su surgimiento o manifestación.

b) ***Vitalicios***: Porque duran el tiempo de existencia del ser humano titular de ellos.

c) ***Necesarios***: Pues son infaltables para que la vida de los seres humanos pueda ejercerse a cabalidad. Son además y por lo tanto insuprimibles aunque, por razones superiores vinculadas con la existencia de las propias personas, puedan ser –como veremos más adelante– materia de ciertas restricciones.

(33) CIFUENTES, Santos. Op. cit. Págs. 175 a 192.

d) ***Esenciales:*** Corresponden a la sustancia espiritual y somática permanente e invariable de los seres humanos.

e) ***Inherentes:*** Son inseparables, inescindibles de los seres humanos.

f) ***Extrapatrimoniales:*** No tienen significación patrimonial, económica, en el sentido de que no son susceptibles de ser valorizados en dinero, de ser pecuniariamente cuantificados. Son derechos que están fuera del comercio. Ello no obsta para en caso de ser violado un derecho de la persona pueda exigirse que el violador pague una indemnización, en vía de reparación, vale decir de mitigación o desagravio al afectado.

g) ***En la mayoría de los casos son indisponibles:*** En cuanto no le está permitido al titular transferir o disponer en modo alguno de la titularidad que tiene sobre sus derechos subjetivos de esta naturaleza. Ello implica que son intrasmisibles, irrenunciables, inenajenables. Tampoco otros pueden disponer de estos derechos por lo que son, además, inembargables, inexpropiables, imprescriptibles e insubrogables. Excepción a este carácter se da en el caso de los derechos a la imagen y a la intimidad, cuyo aprovechamiento o difusión, respectivamente, pueden permitir el titular o ciertos parientes designados por el código. No constituye excepción el derecho a la integridad psicosomática, cuando se permite que alguien pueda ceder partes de su cuerpo, pues es condición esencial de dicha cesión, que se produzca sin afectar la vida ni la salud del demandante.

h) ***Son absolutos:*** En la medida que son oponibles, ejercitables, *erga omnes*, frente a todos.

i) ***Autónomos***: En la medida en que su vigencia no depende de otra razón que no sea la existencia de su titular.

Estos caracteres deben ser considerados en su totalidad, en conjunto, como distintivos de los derechos de la persona. Mejor dicho, no es que algunos de ellos correspondan a ciertos derechos y otros a diferentes, sino que todos los derechos de la persona deben ser reconocidos y protegidos bajo la consideración de principio de esos caracteres.

4. Su denominación

La denominación del Código Civil peruano de 1984, de estos derechos, *derechos de la persona*, no es la más apropiada. Para objetarla basta preguntarse ¿y qué derechos no corresponden a una persona? En el proyecto de 1980, de la comisión reformadora, publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, se propuso que se llamaran del mismo modo que en la doctrina y legislación españolas: derechos de la personalidad. En el proyecto presentado al Gobierno por esta comisión, en 1981, así como en el texto publicado en El Peruano, en noviembre de 1982, se insistió en el uso de esa denominación. Es en el proyecto emanado de la comisión revisora y publicado en El Peruano en febrero de 1984, que comienzan a ser llamados Derechos de la Persona.

Podrá decirse que es tema intrascendente, el del nombre de estos derechos. No lo creemos así. Pensamos que cuando se da una ley, más aún si se trata de una de la jerarquía e importancia de un Código Civil, debe procurarse el uso más adecuado de las ideas y de las palabras. El nombre dado por nuestro código a estos tan importantes derechos no lo utiliza ningún código ni ley en el mundo. Sin duda se trata de una expresión equívoca que, en caso de reforma del código, debe ser corregida para mayor precisión.

En la doctrina y legislación de otros países se usa distintas expresiones para referirse a estos derechos. Los llaman derechos personalísimos, derechos en la propia persona, derechos sobre la propia persona, derechos de la individualidad, derechos de la personalidad, derechos originarios, derechos innatos, derechos fundamentales, derechos primordiales, derechos esenciales, derechos esenciales de la persona, derechos subjetivos esenciales o derechos personales. Nosotros preferimos llamarlos derechos sobre la propia persona; pensamos que se trata de un nombre cuya exactitud impide cualquier reparo. En el derecho público son llamados derechos humanos.

5. Su incorporación a los Códigos Civiles

El único de los tres códigos ejemplares del mundo que incorpora en su normativa el tema de los derechos de la persona, es el Código italiano de 1942. Lo hace en los artículos 5 y 10, en los que, respectivamente, establece disposiciones para proteger la integridad física de las personas, así como su imagen y su decoro y reputación por el uso de esta. Posteriormente, el Código Civil portugués, aprobado en 1966 y vigente desde junio de 1967, dedica toda una sección, la segunda, del Capítulo I, Subtítulo I, Título II, Libro I, a amparar los derechos que llama de la personalidad. Señala al respecto que "La ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral"; luego dice que "Independientemente a la responsabilidad civil a que haya lugar, la persona amenazada u ofendida podrá solicitar las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el fin de evitar la consumación de esa amenaza o atenuar los efectos de la ofensa cometida". Se refiere después a los derechos al nombre y al seudónimo, al secreto de la correspondencia epistolar confidencial, a la imagen y a la reserva de la intimidad. Finalmente establece que

es nula toda limitación voluntaria al ejercicio de los derechos de la personalidad. Todo ello se encuentra entre los artículos 70 y 81.

El Código Civil boliviano de 1975, vigente desde el 2 abril de 1976, legisla en el capítulo III, del Título de Personas Individuales, Libro de las Personas, acerca de los que también llama derechos de la personalidad. Trata de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al nombre, al seudónimo, a la negativa de examen o tratamiento quirúrgico, a la imagen, al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad de las comunicaciones y papeles privados y de los documentos epistolares y a la igualdad. Consagra el carácter inherente e inviolable de los derechos de la personalidad. Dichas regulaciones se hallan incorporadas entre los artículos 3 al 23.

Resulta muy importante subrayar las razones por las cuales es necesaria la incorporación, en los códigos civiles, de normas destinadas a proteger los derechos de la persona. Tales razones son a nuestro juicio las siguientes:

a) No basta la inclusión de disposiciones de tutela de estos derechos en las constituciones de los países, pues las normas constitucionales han sido siempre y lamentablemente tomadas como preceptos abstractos e inalcanzables, como meras aspiraciones o simples deseos de común convivencia. En países como el nuestro, penoso es decirlo, las normas constitucionales han sido suprimidas o dejadas en suspenso, en otras palabras atropelladas, en la etapa republicana por tiempo mayor que la de su vigencia.

   Además, siempre se ha obrado, como si existieran dos espacios jurídicos diferentes; uno el público, en el que debía respetarse las normas sobre derechos humanos,

cuando imperaba la democracia (que, repetimos, ha sido de tiempo menor al de su avasallamiento); y otro, para las relaciones de derecho privado, de permanente vigencia y de desconocimiento de los derechos fundamentales.

b) El Código Civil es el conjunto de normas más importantes del país, después de la Constitución. Rige las múltiples formas de vida cotidiana de todos los peruanos, sin distingo de edad ni sexo.

c) La inclusión en el Código Civil de normas que establecen, clara y explícitamente, la vigencia de los derechos de la persona y la protección sustancial de los mismos, hace patente el reconocimiento de la persona como fin supremo y condiciona a este principio, de modo directo e inmediato, la aplicación de todos los demás derechos, instituciones, situaciones y relaciones previstos en el código.

6. Su incorporación en el Código Civil peruano

La incorporación de los derechos de la persona en el Código Civil peruano y la consideración del concebido como sujeto de derecho constituyen, sin duda alguna, las iniciativas más importantes en la preparación del Libro I del código. Desde 1964, en que a través de ese trabajo importante y pionero, llamado "Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro I del Código Civil", Fernández Sessarego, ponente de ese libro, hizo el primer llamado para la reforma del Código de 1936 y, propulsó dicha incorporación. Lo hizo en los siguientes términos: "Creemos de importancia establecer un nuevo Título con el objeto de incorporar a nuestro Código Civil determinados derechos de la personalidad que han sido consagrados por la

doctrina y admitidos por la legislación y la jurisprudencia comparadas... El objeto propio de estos derechos está en el estrechísimo nexo con la persona y, por ende, se refiere a algunos bienes fundamentales susceptibles de la más elevada protección jurídica..."[34].

7. Su origen histórico

En la Edad Antigua y en la Edad Media no es posible aún encontrar manifestaciones patentes, presencia, de los derechos humanos, derechos de la persona. Solo es posible hallar remotos gérmenes de ellos. Hay quienes las encuentran en el pensamiento de los estoicos, cuando estos afirman que las leyes de la naturaleza son anteriores y superiores a las leyes de los estados y no reconocen fronteras ni distinciones de amo y esclavos, de súbdito y rey, de nacional y extranjero. También se afirma que están en el Código de Hammurabi que, para sustituir mitigatoriamente la pena de muerte o la de esclavitud perpetua, dispone la proporcionalidad de ofensas y de penas. Otros sostienen que se encuentra en las viejas leyes del pueblo hebreo, a que alude el Antiguo Testamento, en el Decálogo y las leyes judiciales del Exodo, en las del Levítico y el Deuteronomio. Cifuentes cree encontrar el origen del derecho a la igualdad en el versículo 28, capítulo III de la carta de San Pablo a los gálatas que dice: "y ya no hay distinción de judío ni griego; ni de siervo ni libre; ni tampoco de hombre ni mujer. Porque todos vosotros sois una cosa en Jesucristo"[35].

(34) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano". Separata de Mercurio Peruano Nº 445 - 446. Mayo - junio, 1964. Págs. 15 y sgtes.

(35) CIFUENTES, Santos. Op. cit. Pág. 21.

En cuanto a Roma, Pérez Luño dice: "Las Doce Tablas no dejan de reflejar un cierto espíritu de libertad al asegurar a cada ciudadano la libertad personal, la propiedad y protección de sus derechos. Sin embargo debe reconocerse que tal libertad nunca estuvo suficientemente garantizada frente al poder público. El control es, en general, de tipo político y la libertad cívica se manifiesta en la protección de los ciudadanos en las tareas públicas, en sus derechos a poder formar parte de las asambleas cívicas, en el *ius sufragii*..."[36].

En la Edad Media (24 de mayo de 1215) se produjo un documento muy importante, que evidencia un efectivo avance hacia la posterior *instauración* de los derechos humanos, la Carta Magna, cuya suscripción y juramento le arrancaron a Juan sin Tierra los señores feudales. En ella Juan acepta que no podía imponer ningún tributo sin el consentimiento del gran consejo del reino, que además de constituido por dichos señores lo estaba por arzobispos y obispos. Conviene, además, que sus oficiales no podrían tomar nada que perteneciera a los señores sin pagar el precio por los mismos; que ningún hombre libre podía ser detenido ni reducido a prisión ni atacado de ninguna manera sino en virtud de una sentencia regular dictada por sus pares y según la ley del país. Se trata pues de una clara limitación al poder del monarca, que hasta entonces había sido irrestricto, y de la introducción en la vida política de unas expresiones iniciales de derechos, no obstante que tales no beneficiaban a todos los ciudadanos sino únicamente a los señores. Para asegurar el cumplimiento de lo acordado se elegiría veinticinco barones, que actuarían como guardianes y como conservadores de lo establecido. Si, no obstante eso, el rey violaba la Carta, dichos barones podían apoderarse de los castillos y tierras del rey, hasta que el mal fuese reparado según la sentencia que dictasen.

(36) PÉREZ LUÑO, Antonio. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Tecnos. Madrid. Pág. 110.

Para conseguir la plena aceptación y vigencia de los derechos humanos hubo que superar arraigados prejuicios y creencias, vencer inmensos intereses creados y cambiar gradualmente –pero con gran esfuerzo y no escasos sacrificios– la mente de los que se oponían a ellos y aun de los que podían ser beneficiarios de los mismos. Hubo que lograr que se desterrara el mítico concepto de que los gobernantes eran ungidos por designio divino y que, por tanto, sus determinaciones eran indiscutibles e irrefutables. Obtener que, poco a poco, aquellas que eran consideradas mercedes o concesiones del monarca se convirtieran en derechos, al comienzo restringibles o revocables y luego, en cuanto fundamentales, irrenunciables y sagrados. Conquistar para el pueblo el derecho de elegir y renovar a sus gobernantes, derribando el milenario e injusto principio de los gobiernos hereditarios de castas, estirpes y dinastías. Separar las iglesias de los estados y evitar que los púlpitos se convirtieran en instrumentos supremos de la razón y facilitadores de la entrega incondicional de las conciencias de los pueblos a tiranos y dictadores de toda laya. Independizar los poderes del Estado, para que el ejecutivo no tuviera injerencia en el judicial ni control ciego del legislativo y para que este, a su vez, pudiera fiscalizar a aquel. Instituir la supremacía, por sobre todos los derechos leyes y voluntades autoritarios, de una Constitución que fuera expresión de los propósitos del pueblo acerca de su decisión de vivir en conjunto. Distinguir, con absoluta claridad, los campos, diferentes, de la Moral y del Derecho y de la Teología y el Derecho. Convenir que existen derechos cuya violación lesiona y lastima la naturaleza de los seres humanos, su condición y su dignidad y, por ello, son sagradas y superiores. Reconocer, como principio importante y fundamental, la individualidad inacatable e intangible de cada persona, deshaciendo con esto el viejo dogma –tal vez de origen romano y quizás anterior, coetáneo con la aparición de las primeras sociedades– que conceptuaba a la persona en grupo, en rebaño, condicionado, determinado y gobernado

siempre por sujeción gregaria. Todos estos cambios importantes, decisivos para la mente de los derechos humanos, se produjeron, paso a paso, a lo largo del decurso de varios siglos.

En 1609 Gómez de Amesqua, sacerdote español que hizo carrera en Italia, escribió, en dos libros, su *"Tractatus de potestades in se ipsum"* (Tratado de Potestades sobre sí mismo). En el primero trató del suicidio, la automutilación, la protección de la vida, la cirugía, las penas corporales, torturas, el empleo de la fuerza para defenderse de los agresores, la renuncia a pruebas y excepciones. En el segundo desarrolló lo concerniente a los principios generales sobre el daño al cuerpo y los peligros, teniendo en cuenta los intereses de cada uno y de la sociedad; a los actos positivos y negativos por la salvación del Estado, del rey, pacientes y amigos; a la abstención de comer y de recibir medicinas; a la licitud de huir de la cárcel; a los espectáculos peligrosos; al derecho a la fama y al honor; a la potestad sobre los bienes espirituales; a la indemnización por causas de estupro y a la libertad propia. Al decir de Cifuentes la obra "está escrita con fuerza y brío... Y fue un atisbo indudable de la teoría de los derechos de la personalidad"[37].

En la misma condición, de valiosa obra iniciadora del tema, el 4 de febrero de 1675 salió a la luz un opúsculo denominado *De iure hominis in se ipsum* (De los derechos del hombre sobre sí mismo), escrito por el profesor de la Universidad de Brandeburgo, y otras más de Alemania Samuel, Stryk. En él, Stryk se refiere a las consecuencias que se derivan del juramento y los votos eclesiásticos, al derecho del hombre sobre su vida, así como de la legítima defensa y al estado de necesidad. Sobre este trabajo Cifuentes dice que en él "constantemente se observa una menor valentía que en Gómez de Amesqua, y que evita el roce

(37) CIFUENTES, S. Op. cit. Pág. 25.

con el derecho absoluto del príncipe y las instituciones vigentes, para lo cual debió acudir a argumentos artificiosos"[38].

Contribución importante para la formación de los derechos humanos es la de la escuela del Derecho Natural. Sostiene esta que existen derechos consustanciales a la naturaleza humana, anteriores a la ley y al Estado, que la norma se limita a reconocer. Todavía en Roma era en cierto modo aceptado este concepto (lo dice el Digesto en su Título I, párrafo 3 por expresión de Ulpiano: "Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que nosotros llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras se gobiernan por el conocimiento de este derecho"[39]; aunque más adelante, en el 6, el mismo Ulpiano expresa que "Derecho Civil es aquel que no se aparta del todo del natural o del de gentes, *ni se conforma totalmente a él,* y así, cuando añadimos o quitamos algo al Derecho común, hacemos el Derecho propio, esto es, el Civil")[40].

Ya en el siglo XVII es mayor la consideración e importancia del derecho natural como fundamento indiscutible de los derechos, o por lo menos de algunos de ellos. Veamos lo que dice al respecto Hugo Grocio en su obra *"Del Derecho de la Guerra y la Paz"*, escrita en 1685: "La madre del derecho natural es la misma naturaleza humana, la cual aunque nada necesitáramos, nos inclinaría a desear la sociedad mutua... Y el derecho natural es tan inmutable que ni aun Dios lo puede cambiar. Porque si

(38) CIFUENTES, S. op. cit. Pág. 26 y sgtes.
(39) "Digesto". Op cit. Pág.23.
(40) "Digesto". Op cit. Pág.25.

bien es inmenso el poder de Dios, pueden con todo señalarse algunas cosas a las cuales no alcanza, porque lo que se dice así, solamente se dice, pero no tiene sentido alguno que signifique una cosa; antes bien, esas cosas se contradicen a sí mismas. Así pues, como ni Dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea. Porque así como el ser de las cosas, después que ya existen y en cuanto son no depende de otro, así también las cualidades que siguen necesariamente a ese ser: tal es la malicia de ciertos actos con relación a la naturaleza que usa de razón sana. Por eso hasta el mismo Dios sufre ser juzgado según esta norma, como puede verse en Gén. XVIII, 25; Isaías V, 3; Ezequiel XVIII, 25; Jeremías II, 9; Miqueas VI, 2; San Pablo a Rom. II, 6; III, 6"[41].

En 1689 se efectúa otro paso importante, con la aprobación por el Parlamento Inglés del *Bill of Rights* o Declaración de los Derechos. Este documento se dio luego de la deposición del Rey Jacobo II, quien pretendió conceder supremacía a los católicos en desmedro de los protestantes. Estos, entonces, entronizaron a Guillermo de Orange, bajo el nombre de Guillermo II y obtuvieron su aceptación al contenido de la Declaración, la misma que estableció como cuestiones fundamentales las siguientes: 1) Que es ilegal toda suspensión o aplicación de las leyes sin el consentimiento del Parlamento; 2) Que es ilegal la constitución de tribunales de causas eclesiásticas; 3) Que es igualmente ilegal la aprobación y cobro de tributos en beneficio de la corona sin aprobación del Parlamento; 4) Que es derecho de los súbditos presentar peticiones al rey, siendo ilegal el uso de aciones o procedimientos que lo impidan; 5) Que es contrario a la ley el reclutamiento y mantenimiento de un ejército, en tiempo de paz, sin autorización del Parlamento; 6) El derecho de los protestan-

(41) GROCIO, Hugo. "Del derecho de la guerra y de la paz". Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1925. Págs. 52 y sgtes.

tes de tener armas defensivas; 7) La libre elección de los miembros del Parlamento; 8) La libertad de expresión en los debates y actuaciones del Parlamento, no pudiendo ser juzgado ni investigado por ningún otro organismo; 9) Que no debían exigirse fianzas exageradas ni imponerse multas excesivas o castigos crueles y desacostumbrados; 10) Que los jurados debían confeccionarse y elegirse en buena y debida forma y que los miembros de los mismos, que decidan la suerte de los reos de alta traición, debían ser propietarios libres; 11) Que debían considerarse ilegales y nulas todas las exenciones, perdones de multas y confiscaciones hechas antes de la sentencia; 12) Que para vigilar permanentemente el cumplimiento de lo antes señalado el Parlamento debía reunirse con frecuencia[42]. La aprobación y admisión por el rey de esta Declaración fue ciertamente importante en cuanto reconoció el predominio del Parlamento como representante del pueblo, aun cuando fue un acto por el que se concedió preeminencia únicamente a los protestantes y a determinados estamentos de Inglaterra.

En la llamada Gloriosa Revolución, que destronó a Jacobo II y dio origen a la antes mencionada Declaración de Derechos *(Bill of Rights)* actuó –como consejero e inspirador de Guillermo de Orange– John Locke, médico, filósofo, político y escritor, a quien se debe las primeras y más importantes contribuciones al nacimiento o reconocimiento de los derechos humanos. Fue en 1690 que publicó sus dos tratados sobre el *Gobierno Civil.*

En el primero, contradiciendo y desafiando los dogmas políticos importantes en aquel tiempo, vigentes desde muy antiguo, refuta la teoría sobre el origen y condición divina de los reyes. Es, sin embargo, en el segundo que, dando espaldas a todo lo dicho y proclamado en el pasado, afirma cosas que nadie

(42) ARTOLA, Miguel. "Los Derechos del Hombre". Alianza Editorial. Madrid, 1986. Págs. 81 y 82.

antes se había atrevido a decir, por lo menos con la claridad y contundencia que él. Sostiene –reafirmando en sus términos la doctrina del *contrato social* propuesto anteriormente por algunos– que en su origen las sociedades políticas y los hombres que las componían eran libres por naturaleza, iguales e independientes. Dice luego que "el comienzo de la sociedad política depende del consentimiento de los individuos, los cuales se juntan y acuerdan formar una sociedad; y que cuando están así incorporados, establecen el tipo de gobierno que les parece más adecuado... ocurrió que en edades posteriores, cuando la ambición y el ansia de suntuosidad se alienaron en el poder y la acrecentaron sin atender la misión para la que había sido establecido y enardecidos por la adulación, los príncipes aprendieron a albergar intereses diferentes de los del pueblo, los hombres juzgaron necesario examinar más cuidadosamente los derechos originales del gobierno y encontrar modos de impedir los excesos y de prevenir los abusos de aquel poder que en principio habían depositado en manos de otro para lograr así el bien del pueblo, y que ahora era utilizado para hacer daño al mismo pueblo... cuan probable es que gentes que eran por naturaleza libres y que, por propio consentimiento, se habían sometido al gobierno de su padre, o, viniendo de familias diferentes, se habían unido para formar un gobierno, depositaran generalmente el poder en manos de un solo hombre y escogieran ser dirigidos por una sola persona, sin condiciones expresas que limitaran o regularan el poder de dicha persona, pensando que su seguridad estaba garantizada por la honestidad y prudencia de la persona en cuestión. Mas nunca soñaron que la monarquía fuera *jure divino,* cosa de la que jamás oímos hablar entre los hombres hasta que nos fue revelado por la teología de estos últimos tiempos... Todo hombre nace con un doble derecho: primero, un derecho a la libertad de su persona, sobre la cual ningún otro hombre tiene poder, y de la que puede disponer libremente. En segundo lugar, un derecho a heredar, junto con sus hermanos, antes que ningún

otro hombre, los bienes de su padre... También las personas de estos descendientes son libres por derecho de nacimiento; y sus propiedades, sean muchas o pocas, son de ellos y están a disposición suya. Sino, no sería propiedades... Todo aquel que llegue a ejercer algún poder sirviéndose de medios que no corresponden a lo que las leyes de la comunidad han establecido, no tiene derecho a que se le obedezca... El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones. Pues como los hombres son obra de un omnipotente e infinitamente sabio Hacedor, y todos siervos de un señor soberano enviado a este mundo por orden suya y para cumplir su encargo, todos son propiedad de quien los ha hecho, y han sido destinados a durar mientras a Él le plazca y no a otro. Y así, habiendo sido todo los hombres dotados con las mismas facultades, y al participar todos de una naturaleza común, no puede suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos da derecho a destruir al prójimo como si este hubiese sido creado para nuestro uso, igual que ocurre con esas criaturas que son inferiores a nosotros..."[43].

En suma lo que Locke plantea en su obra es que: 1) existen derechos innatos que corresponden a todos los hombres, como son el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la propiedad, a la herencia, que nadie puede arrebatarlos sin justificación racional; 2) ningún gobierno puede ejercer funciones violando arbitrariamente esos derechos y contrariando los intereses legítimos de los gobernados; 3) el gobierno que incurra arbitrariamente en las violaciones y contradicciones antes indicadas, con-

(43) LOCKE, John. "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil". Alianza Editorial, 1994. Págs. 119 y sgtes.

cederá al pueblo el derecho de retomar el poder y de revocar la autoridad del mal gobernante; podrá hacer uso, mejor dicho, del derecho a la rebelión.

Las ideas de Locke germinaron de modo extraordinario en los años siguientes, dando lugar a la revolución americana y a la revolución francesa, que pusieron por vez primera en vigor los derechos fundamentales de la persona.

El 4 de julio de 1776 se declaró la independencia de Estados Unidos de América, de Inglaterra. En lo doctrinario es importante anotar que esta declaración estuvo precedida y seguida por semejantes declaraciones de derechos que hicieron los diversos estados, que luego darían nacimiento a la federación. Posiblemente la más importante, por su rico contenido, y porque fue anterior a la declaración de independencia, fue la de Virginia, que proclama entre otras cosas: "Que todos los hombres son por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, cuando se organizan en sociedad, no pueden ellos ni su posteridad ser despojados ni privados por ninguna especie de contrato, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad... Que todo poder está investido y, por consiguiente, deriva del pueblo; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él... Que el gobierno es o debe ser instituido para el común provecho, protección o seguridad del pueblo, nación o comunidad, que de los varios modos o formas de gobierno el mejor es aquel que es capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y ofrece mayor garantía contra el riesgo de una mala administración; y que cuando un gobierno fuera manifiestamente inadecuado o contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible de reformarlo, alterarlo o abolirlo en

forma que juzgue más conveniente al bienestar público...Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben permanecer separados y ser distintos del judicial... Que las elecciones de representantes del pueblo en la asamblea deben ser libres... Que ni el gobierno libre ni la bendición de la libertad pueden ser preservados por un pueblo sin adhesión firme a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y un retorno frecuente a los principios fundamentales... Que la religión o el deber que tenemos para con nuestro Creador y la forma de cumplirlo solo puede estar regulado por la razón y la convicción y no por la fuerza y la violencia y, por consiguiente, todos los hombres están igualmente autorizados al libre ejercicio de su religión de acuerdo con los dictados de su conciencia..."[44]. Se trataba de un hecho sin antecedentes, de la fundación de una nueva concepción del gobierno y de la vida en común, de una manera distinta de considerar a todas las personas tanto en su dimensión individual como social. Algo que, en justicia, haría exclamar lo siguiente a James Madison, uno de los próceres a los que después les tocó la tarea de redactar la Constitución americana: "Nada ha provocado más admiración en el mundo que el modo como han establecido gobiernos libres en Norteamérica, pues fue el primer ejemplo desde la creación del mundo, en que se ha visto a ciudadanos libres deliberar sobre una forma de gobierno y elegir a aquellos ciudadanos que contaran con su confianza, para decidir sobre ella y ponerla en efecto".

En uso de este camino abierto por Estados Unidos de América y por los diversos pensadores que propagaron desde antes las ideas de la libertad y de la soberanía popular, trece años después el pueblo francés derribó a la monarquía que la gobernaba, una de las más absolutistas de Europa y del mundo. El 14 de

(44) ARTOLA, Miguel. Op. cit. Pág. 889 y sgtes.

julio de 1789 se produjo la toma de la Bastilla, hecho simbólico que fue real detonante de la revolución francesa, que solo semanas más tarde, el 26 de agosto de 1789, aprobó a través de la Asamblea Nacional, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que entre sus conceptos principales contiene los siguientes: "Los hombres nacen y permanecen libres o iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común... El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptible del hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión ..."(45). Precursores importantes de la revolución francesa fueron Montesquieu, Voltaire y Rousseau. Protagonistas importantes de ella fueron, desde distintas posiciones pero todas confluyentes al propósito revolucionario, Mirabeau, Robespierre, Marat, Danton.

Las revoluciones americana y francesa irradiaron sus principios sobre el mundo, propiciando la constitución de gobiernos, principalmente republicanos, sustentados, por lo menos en la proclamación, en los derechos fundamentales de la persona. Así sucedió con las nuevas repúblicas de Centro y Sudamérica que se independizaron de España. Influyeron en sus constituciones primeras y en las siguientes, las declaraciones de protección y respeto a los derechos fundamentales. Lamentablemente en la mayoría de los casos, dichas declaraciones quedaron por largas temporadas como meras expresiones de buenos deseos, pues en estas repúblicas ha sido desafortunadamente frecuente el asalto del poder por inescrupulosos y ambiciosos caudillos, sobre todo militares, que han ahogado la vigencia de dichos derechos.

(45) ARTOLA, Miguel. Op. cit. Pág. 104.

Se considera que las constituciones de México (1917), Unión Soviética (1918) y Weimar, Alemania, (1918) contribuyeron de modo considerable a la vigencia y sobre todo la ampliación del concepto de los derechos humanos, en la medida en que apartándose de la enumeración de los derechos efectuada por las revoluciones americana y francesa, a los que se llama derechos humanos de primera generación, introduce nuevos derechos que, sumados a los que se declararía después en 1948 por las Naciones Unidas, son llamados de segunda generación. Así, la mexicana proclama la libertad de enseñanza; la propiedad originaria de la Nación de las tierras y aguas; la abolición de los monopolios y estancos; la duración máxima de las jornadas de trabajo diurno y nocturno; diversas condiciones sobre el salario y funcionamiento de las demás relaciones laborales. La soviética de 1917 dice propiciar "La supresión de toda explotación del hombre por el hombre...". La Constitución alemana de Weimar, aprobada el 14 de agosto de 1919, luego de establecer la igualdad de todos los alemanes ante la ley y de proclamar todas las clases de libertad, dispone que el matrimonio es el fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y aumento de la nación y está bajo la protección especial de la Constitución; que los funcionarios son servidores de la comunidad no de un partido; que la propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general. Muchos liberales consideran que esos derechos de segunda generación contravienen y violentan los de primera.

El aporte directo y explícito de la Iglesia Católica por los derechos humanos comienza con la publicación de la Encíclica *Rerum Novarum,* el 15 de mayo de 1891, por el Papa León XIII. En esta encíclica se reivindica principalmente el derecho de los trabajadores, rechazando las propuestas socialistas. Dice que: "el haber dado Dios, la tierra a todo el linaje humano, para que use de ella y la disfrute, no se opone en manera alguna a la exis-

tencia de propiedades privadas... Como los efectos siguen a la causa de que son efectos, así el fruto del trabajo es justo que pertenezca a los que trabajaron... en la sociedad civil ha ordenado la naturaleza que aquellas dos clases se junten concordes entre sí, y se adapten la una a la otra de modo que se equilibren. Necesita una de la otra enteramente porque 'sin trabajo no puede haber capital, y sin capital trabajo...' con extremo cuidado deben guardarse los amos de perjudicar en lo más mínimo los ahorros de los proletarios, ni con violencia, ni con engaño, ni con los artificios de la usura; y esto aun con mayor razón, porque no están ellos suficientemente protegidos contra quien les quite sus derechos o los incapacite para trabajar, y porque sus haberes, cuanto más pequeños son, tanto más deben ser respetados. Exige, pues la equidad que la autoridad pública tenga cuidado del proletario haciendo que le toque algo de lo que él aporta a la utilidad común, que con casa en que morar, vestido con que cubrirse y protección con que defenderse de quien atenta su bien, pueda con menos dificultades soportar la vida..."(46). Vendría después la encíclica de Pío XI, *Quadragésimo Anno*, el 15 de mayo 1931, en la que reafirma lo expresado en la *Rerum Novarum* y se hace un rotundo deslinde entre el socialismo y el cristianismo: "Si acaso el socialismo, como todos los errores, tiene una parte de verdad (lo cual nunca han negado los Sumos Pontífices), el concepto de la sociedad que le es característico y sobre el cual descansa, es inconcebible con el verdadero cristianismo. *Socialismo Religioso* y *Socialismo cristiano,* son términos contradictorios; nadie puede al mismo tiempo ser buen católico y socialista verdadero"(47). El Concilio Vaticano II, llevado a cabo en 1965, realizó una profunda renovación en las for-

(46) S.S. LEÓN XIII. "Carta Encíclica *Rerum Novarum*". Ediciones Paulinas - Editorial Salesiana. Págs. 9 y sgtes.

(47) S.S. PÍO XI. "Carta Encíclica *Quadragésimo Anno*". Ediciones Paulinas - Editorial Salesiana. Pág. 60.

mas y fondo del mensaje católico. Produjo un extenso texto en la Constitución Pastoral "*Gaudium et Spes*", en la que reflexiona sobre el destino y naturaleza del hombre, su compromiso con la sociedad y hace una revisión de los que considera problemas mundiales de mayor urgencia. El punto de partida para todo su desarrollo es la dignidad del hombre. Acerca de la libertad, derecho fundamental importante dice que: "el hombre no puede entregarse al bien si no dispone de su libertad, de una libertad que nuestros contemporáneos ensalzan con entusiasmo y no sin razón"[48]. El Papa Juan XXIII expidió el 15 de mayo de 1961 la encíclica *Mater et Magistra* en la que incide nuevamente en el reconocimiento esencial de la propiedad privada pero reclama también condiciones más justas para los trabajadores. Señala que: "se requiere que a los hombres investidos de autoridad pública privada presida y gobierne una sana concepción del bien común, concepción que se concreta en el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona". Indica que "los progresos científicos, técnicos, el desarrollo económico, las mejoras en las condiciones de vida, son ciertamente elementos positivos de una civilización. Pero debemos recordar que no son ni pueden ser considerados como valores supremos sino que todos esos elementos en comparación con los valores supremos revisten un carácter esencialmente instrumental"[49].

El 11 de abril de 1963, el mismo Juan XXIII emitió la encíclica *Pacem in terris* que, de modo más nítido que todas las demás, trata acerca de los derechos fundamentales. Dice que "En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser hu-

(48) Constitución Pastoral "La Iglesia en el Mundo Actual", *Gandium et Spes*. Concilio Vaticano II. Editorial Salesiana. Pág. 24.

(49) S.S. JUAN XXIII. "Carta Encíclica, *Mater et Magistra*". Ediciones Paulinas - Editorial Salesiana. Pág. 26.

mano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables... Todo ser humano tiene el derecho a la existencia, a la integridad física, a los medios indispensables para su nivel de vida digno, especialmente en cuanto se refiere a la alimentación, al vestido, a la habitación, al descanso, a la atención médica, a los servicios sociales necesarios... Todo ser humano tiene el derecho natural al debido respeto de su persona, a la buena reputación, a la libertad para buscar la verdad y, dentro de los límites del orden moral y del bien común, para manifestar y defender sus ideas, para cultivar cualquier arte y, finalmente, para tener una objetiva información de los sucesos públicos. También nace de la naturaleza humana el derecho a participar de los bienes de la cultura y, por tanto, el derecho a una instrucción fundamental y a una formación técnico-profesional de acuerdo con el grado de desarrollo de la propia comunidad política... Entre los derechos del hombre hay que reconocer también el que tiene que honrar a Dios según el dictamen de su recta conciencia y profesar la religión privada y públicamente... Los seres humanos tienen el derecho a la libertad en la elección del propio estado y, por consiguiente, a crear una familia con paridad de derechos y deberes entre el hombre y la mujer o también a seguir la vocación al sacerdocio o vida religiosa... antes que nadie son los padres los que tienen el derecho de mantener y educar a sus propios hijos... pasando ahora al campo de los problemas económicos, es claro que la misma naturaleza ha conferido al hombre el derecho, no solo a la libre iniciativa en el campo económico, sino también al trabajo... y de un modo especial hay que poner en relieve el derecho a una retribución del trabajo determinada según los criterios de la justicia y suficiente, por tanto, en la proporciones correspondientes a la riqueza disponi-

ble, para consentir al trabajador y a su familia un nivel conforme con la dignidad humana... De la intrínseca sociabilidad de los seres humanos se deriva el derecho de reunión y asociación... Todo hombre tiene derecho a la libertad de movimiento y de residencia dentro de la comunidad política de la que es ciudadano... De la misma dignidad de la persona humana proviene el derecho a tomar parte activa en la vida pública de sus propios derechos..."[50].

Años antes, el 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas aprobó, a través de su Asamblea, una Declaración de los Derechos Humanos. Era el momento en que el mundo acababa de salir de la Segunda Guerra Mundial, conflagración espantosa que tuvo por escenario el más vasto ámbito geográfico empleado jamás, que sacrificó importantes multitudes de hombres y mujeres de toda edad, raza, condición y en la que el fascismo y el nazismo pretendieron avasallar al mundo, imponiendo un credo siniestro destinado a suprimir vesánicamente derechos y dignidades humanas. En tales circunstancias, dicha declaración tuvo el valor de una promesa o de un compromiso, en torno a la proclamación de unos derechos que los países del mundo ofrecían proteger y respetar. Es de resaltar el exordio que antecede la declaración en el que se dice que "Considerando que el respeto a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y a sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han conducido a actos de barbarie que sublevan la conciencia de la humanidad y que el advenimiento de un mundo futuro donde los seres humanos sean libres para

(50) S.S JUAN XXIII "Carta Encíclica *Pacem in terris*". Ediciones Paulinas - Editorial Salesiana. Págs. 5 y sgtes.

hablar y creer, liberados del terror y de la miseria, ha sido proclamado como la más alta aspiración del hombre...". Se proclama luego, a través de 30 artículos, diversos derechos correspondientes a todo ser humano, entre los que cabe destacar: el derecho a la libertad; a la igualdad; a la vida; a la seguridad; a la personalidad jurídica; a reclamar contra la violación de los derechos fundamentales; a no ser arrestado, detenido ni exiliado arbitrariamente; a que sus causas sean oídas equitativamente y públicamente por tribunales independientes e imparciales; a que se le presuma inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida; a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento en que fueran cometidas no constituyeran acto delictivo; a no ser objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia; ni de atentados a su honor y su reputación; a circular libremente y elegir su residencia en el interior de un Estado; de abandonar cualquier país, incluso el suyo y de regresar a su país, de buscar asilo y beneficiarse de él en caso de persecución; a una nacionalidad; a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad; a casarse y fundar una familia, a partir de la edad núbil, con su pleno consentimiento; a la propiedad; a tener el credo religioso que estime conveniente; a tomar parte en la dirección de los asuntos de su país; a la seguridad social; al trabajo; a la libre elección de este, a condiciones satisfactorias del mismo y a la protección contra el paro; a un nivel de vida suficiente para alcanzar su salud, su bienestar y los de su familia; al seguro en caso de paro, enfermedad, invalidez, viudez y vejez; a la educación; a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de disfrutar de las artes y de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulta. La declaración, además, prohíbe el sometimiento de las personas a la esclavitud o servidumbre, así como a torturas o penas crueles, inhumanas y degradantes. Establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a ayuda y asistencia especial.

Resulta, sin embargo que, en la práctica, poca o ninguna efectividad tenían las normas incluidas en las constituciones de muchos países y en las declaraciones internacionales. Es que los primeros en violar abiertamente o desvirtuar con sutileza las disposiciones protectoras de las constituciones eran los gobiernos, sobre todo de los países del hemisferio sur. Por su parte y en consecuencia, dichas declaraciones quedaban solo en esa condición, declaraciones sin aplicación real, efectiva. Era necesario entonces imaginar mecanismos que comprometieran con mayor fuerza y eficacia a los gobiernos del mundo y que vigilaran y obtuvieran ese cumplimiento. Así nacieron el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el de *Derecho Civiles y Políticos*, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, por los que los países firmantes de los mismos, asumieron el compromiso de "adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad..." de los derechos que habían sido materia de la Declaración del 10 de diciembre de 1948. Dichos pactos fueron aprobados por el Perú mediante las Leyes N°s 22129 y 22128, respectivamente. Además, en la misma fecha de 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* por el que se facultó al Comité de Derechos Humanos de ese organismo a recibir las denuncias individuales de las personas que, sufriendo violación de cualquiera de sus derechos por parte de su Estado, quisieran hacerlo.

Perú aprobó el protocolo mediante el Título VIII, Disposición General y Transitoria XVI de la Constitución Política de 1979, depositando más tarde, el 30 de octubre de 1980, el ins-

trumento de ratificación. El Comité, sin embargo, solo podía expresar observaciones al Estado infractor, sin que ello tuviera el carácter de documento jurisdiccional internacional. Por lo insuficiente y sobre todo remoto que ello pudiera ser, y resultó así en la mayoría de los casos, con fecha 22 de noviembre de 1969 se crearon –por la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978– la Convención Interamericana de Derechos Humanos así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera tiene, entre otras, la atribución de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los *derechos humanos*... y solicitar, de los gobiernos de los Estados miembros, que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos...". La corte cuya acción ha resultado sumamente eficaz –a pesar de tener solo la capacidad moral de imponer sus decisiones– tiene competencia para conocer los casos de violación o interpretación de derechos que le sean sometidos por la comisión o por cualquiera de los Estados partes de la convención.

La Constitución peruana ha establecido también instrumentos de protección de los derechos humanos, a través del uso de la acción de *Hábeas Corpus,* ante la vulneración o amenaza del derecho a la libertad, la de *Amparo,* ante la de cualquiera de los demás derechos, y de la de *Hábeas Data*, que puede interponerse cuando los servicios informáticos quieran suministrar o suministren informaciones que afecten la intimidad o cuando exista la probabilidad de que dicha información afecte el honor e importe uso indebido de la imagen o la voz de las personas.

8. Derecho a la vida

De los derechos que corresponden al ser humano, el *derecho a la vida* es el derecho supremo. De su vigencia depende la de todos los demás derechos.

El *derecho a la vida* otorga a los hombres la posibilidad constante de realizar todo lo que su deseo, capacidad, inspiración e ilusión pueda hacer. Nada más grato ni más grande para el ser humano que sentir su presencia sobre la tierra o imponerse al tiempo y al espacio a través de sus actos u omisiones, de sus palabras o de su silencio. Concluida la vida nada hay seguro ni tangible, nada es posible ni visible; solo se abre el tránsito a la nada, al misterio insondable e indeseable. Por eso es que desde siempre, seguro desde que tuvo el más pequeño y mínimo atisbo de razón, quizás incluso desde que lo acompañaba el *instinto,* el hombre ha amado la vida por sobre todo, ha sentido un apego *irrenunciable* a ella. Es que con ella y en ella todo es posible, todo puede ser factible. Sin ella solo existe un final perpetuo, infinito, un vacío sin límite.

Por eso es que desde que existe memoria registrada de la vida de los hombres la pena más drástica y más temida, la reservada para castigar los actos más graves, ha sido la de muerte. Después de las demás penas podía existir redención y un mañana. Después de ejecutada la pena de muerte no hay caminos de regreso, confesiones ni perdones. Todo concluye ahí.

Hace cerca de 4000 años, *Hammurabi,* el rey babilonio, estableció la muerte como pena, para actos que él estimaba graves, tales como acusar a alguien por homicidio sin fundamento, prestar falso y no probado testimonio en un juicio en que la pena fuera capital; robar propiedad religiosa o estatal o adquirir bienes provenientes de esa clase de robo; recibir –sin contrato ni testigo– plata u oro, esclavo o esclava, buey, oveja, asno; robar

a un niño; ayudar a escapar de la ciudad a esclavo o esclava o darle refugio en su casa; abrir una taberna o beber cerveza en una ya existente, en el caso de que las que lo hicieran fueran sacerdotisas del templo; edificar sin la debida solidez una casa, originando con ello el desplome de la misma y la muerte del propietario; si es al hijo del propietario a quien se causa la muerte será el hijo del albañil quien muera.

En el año 450 a. C. se puso en vigencia la *Ley de las XII Tablas,* primer cuerpo normativo escrito de Occidente de que se tiene noticia, en el que se restringe la privación de la vida, como pena, a casos muy contados, disponiéndose además, que nadie debía ser muerto sin condena y sin que lo decida el comicio centuriado. Se contempla la muerte para los casos de cantar o componer una canción que infame o deshonre a otro (Tabla VIII); por pastar o segar de noche frutos obtenidos por el arado, mediante sacrificio a Ceres, en la horca (Tabla VIII); por hurtar cometiendo homicidio, por la noche (Tabla VIII); al juez o árbitro, por aceptar dinero para dictar una sentencia (Tabla X); por provocar a un enemigo o entregarle a un ciudadano romano (Tabla X); por prestar falso testimonio, debiendo ser arrojado el culpable desde la roca *Tarpeya* (Tabla IX).

El Código de Manu, dado por los hindúes alrededor de 200 a.C., reserva la pena de muerte, con extremado cuidado y rigor, para la mujer adúltera a quien "el rey debe hacerla devorar con perros en una plaza pública". Al hombre, cómplice de ella, le condena al fuego "que sufrirá tendido en un lecho de bambúes secos calentados al rojo".

Las Partidas, en la VII Partida, Ley II, condenan a muerte al traidor; en la Ley V al homicida; en la Ley VII "al físico o especiero que muestre o venda yerbas a sabiendas para matar home". En la Ley VIII a "la muger preñada que come o bebe yerbas a sabiendas que va a matar a la criatura". En la Ley XV a los

adúlteros. En la Ley VII "al cristiano que se tornase judío o hereje".

El Código Penal peruano destina penas severas para quienes priven de la vida. Así, en el artículo 106 determina que "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte años". Al parricida o filicida lo sanciona con pena privativa no menor de quince años; igual sanción aplica a quien comete homicidio calificado. A quien mata bajo el imperio de emoción violenta le aplica pena no menor de tres ni mayor de cinco años. La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal la reprime con pena no menor de uno ni mayor de cuatro años. A quien ocasiona la muerte, por culpa, le aplica una pena no mayor de dos años. A quien aplique la eutanasia le está destinada una pena no mayor de tres años.

A nuestro juicio el derecho a la vida es el único que no puede admitir restricciones ni limitaciones; está por encima de la voluntad y de la decisión de los hombres. Conceptuamos por tanto inadmisible la pena de muerte, no solo por los numerosos casos de errores judiciales que se han dado en su aplicación, ni tampoco solo porque se ha demostrado estadísticamente que no origina retracción en la comisión de delitos que pena, ni porque impide la regeneración siempre posible del reo, sino porque destruye y violenta, sin que nadie lo autorice, el origen y destino esencial de la vida y las posibilidades y potencias infinitas que esta siempre ofrece.

Aun cuando siempre se ha estimado, se ha amado la vida, como el bien más importante del hombre –no en vano desde los tiempos más remotos aparece la muerte como el castigo más duro y severo que puede imponerse por la comisión de los más graves delitos–, el *derecho a la vida* es creación del liberalismo, que concede al individuo la prerrogativa de levantarse por enci-

ma de la autoridad y del grupo y de desafiarlos proclamando su *derecho* a vivir, a realizarse totalmente en la plenitud que es capaz de conceder solo la existencia. Así Locke, en 1690, desafiando a los usos y pensamiento de su tiempo, sostiene que "siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su *vida*, salud, libertad o posesiones..."(51). Más adelante indica que "...un hombre sin poder sobre su propia vida, no puede, por contrato o acuerdo otorgado por su propio consentimiento, ponerse bajo el absoluto poder arbitrario de otro que le arrebate la vida cuando se le antoje. Nadie puede otorgar más poder del que tiene, y quien no tiene el poder de quitarse a sí mismo la vida, no puede darle a otro hombre poder sobre ella..."(52). Inspirados en esta filosofía nacen los Estados Unidos de América y producen el 12 de junio de 1776, la primera declaración que en el mundo proclama, en los siguientes términos, el *derecho a la vida:* "Que todos los hombres son, por su naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, cuando se organizan en sociedad, no pueden ellos ni su posteridad ser despojados ni privados por ninguna especie de contrato, a saber: *El goce de la vida y la libertad*, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y seguridad...". Más adelante serán la *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* de 10 de diciembre de 1948 y la *Convención Americana* de 1969 las que consagren este importante y fundamental derecho. En la legislación constitucional del Perú la primera carta que considera el derecho a la vida como fundamental es la de 1979 (artículo 2, inc. 1), precepto que se limitará a repetir la Constitución de 1993 en el artículo 2, inc. 1; no obstante estas declaraciones y disposiciones no faltarán quienes pugnen por la pervivencia de la pena de muerte.

(51) LOCKE, John. Op. cit. Pág. 38.
(52) LOCKE, John. Op. cit. Pág. 53.

Mosset cree encontrar en el pensamiento cristiano –estimo que con razón– expresiones con las cuales se relativiza, se disminuye o se anula la importancia enorme de la vida. Se refiere a los evangelios de San Mateo (10, 28) "nada temáis a los que matan el cuerpo y no pueden matar el alma: temed antes al que puede arrojar alma y cuerpo en el infierno"; y San Lucas (12, 4-5) "a vosotros empero, que sois mis amigos, os digo yo ahora: no tengáis miedo de los que matan el cuerpo, y esto hecho ya no pueden hacer más. Yo quiero mostraros a quien habéis de temer: temed al que, después de quitar la vida, puede arrojar al infierno: a este es, os repito, a quien habéis de temer". Se refiere también a Maritain: "El primero de los derechos subjetivos es el de la persona a caminar a su destino eterno. En este camino terrenal debe reconocerse la primacía del bien común por sobre el egoísmo individualista"[53].

En referencia al individuo (y a su vida) que por formar parte del grupo desaparece en medio de este y es absorbido y suprimido, cita a Santo Tomás de Aquino: Porque el hombre "es parte de una familia y de una ciudad" y por ello "debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud, que ya la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo... El bien de la nación es más digno que aquel de uno solo" (Summa contra Gentiles, Libro II, Cap. 42)"; así como a San Agustín: "Está viciada la parte que no se adapta al todo" (Confesiones III)[54]. "Qué duda cabe que, con la promesa y la esperanza de una vida futura, eterna, feliz y 'en gracia', tanta gente ha renunciado a la felicidad efectiva y tangible de este mundo, a su realización sana y plena, al ejercicio justo de sus potencialidades y capacidades, finalmente hasta a su existencia".

(53) MARITAIN, Jocques. "Los derechos del hombre y la ley natural". Buenos Aires, 1956. Pág. 90.
(54) MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El Valor de la vida humana". Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 20.

Y a propósito de todo lo que acabamos de referir cabe preguntarse ¿Qué comprende el concepto de vida, o mejor dicho cuál es el contenido del derecho a la vida? ¿Implica solo el de no ser sacrificado con la muerte, el de no perecer, de no ser eliminado y seguir existiendo? O es que la vida y el derecho a ella debe ser entendido como el ejercicio incesante y cotidiano de las más profundas y fundamentales capacidades, anhelos, ilusiones y potencias, sin que nadie interfiera en tal ejercicio. Mosset da respuesta a estas preguntas de modo que resume bastante bien la nuestra: "La expresión *Derecho a la vida* no solo señala el interés jurídicamente protegido a seguir viviendo, a que no se anticipe el deceso de la persona viva, sino también el derecho a que se mantenga la vida en su plenitud, a que no se la limite o cercene"(55).

Otro aspecto que demanda referencia y comentarios es el concerniente al momento o tiempo en que debe considerarse que nace el derecho a la vida. Desde Roma hasta bastante avanzado el siglo anterior, tanto la ciencia como el derecho no contaban con elementos para sustentar otra cosa que no fuera que la vida, que el derecho a la vida comenzaba con el nacimiento de las personas. El estudio científico del mundo de los genes –la Genética– así como la embriología y otras ciencias han permitido, ya en las ultimas décadas de ese siglo, descubrir que, desde la concepción, madre e hijo son dos seres diferentes, inconfundibles y que el hijo no es como se decía, en expresión latina, *portio mulieris vel viscera*, parte de la madre. Corresponde por tanto, afirmar que el derecho a la vida de ese nuevo ser debe ser reconocido, respetado y protegido desde el mismo momento de la concepción. Así lo establece expresamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de

(55) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. Pág. 21.

1969, en su artículo 4, 1 "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, *a partir del momento de la concepción.* Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...". Ya antes, aunque sin la claridad de esta Convención repecto al momento en que se inicia el derecho a la vida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 19 de diciembre de 1948, había determinado, artículo 3, que "todos los individuos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". En Perú la primera Constitución que consagra protección del derecho a la vida es la de 1979 que dice (artículo 2, 1) que "Toda persona tiene derecho: A la vida... al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece...". La de 1993 repite el precepto de la de 1979.

No obstante tan claras prescripciones que defienden el derecho a la vida desde la concepción, los partidarios –económicamente interesados– en el uso del aborto han abierto resquicios e inventado triquiñuelas seudo científicas a través de los cuales han introducido normas que permiten esa vil supresión de la vida que es el aborto, llegando en algunos casos hasta su despenalización. Así, en Alemania se despenaliza el aborto practicado en las doce primeras semanas de embarazo (Ley de 29 de junio de 1995), siempre que se acredite que se efectuó una consulta médica previa y lo efectúe un médico. La fijación del plazo se basa en el hecho –totalmente discutible– de considerar que hasta ese momento no se da inicio a la actividad cerebral, no adquiere aún el concebido forma humana ni tiene viabilidad extrauterina... Semejantes disposiciones, sobre la base de parecidos motivos, rigen en Inglaterra, Gales, Escocia, Italia (siendo en este país el plazo de 90 días), México (donde sobre todo se da consideración a los fundamentos de violación y de inseminación no consentida). Para sostener la idea de la conveniencia o de la permisión del aborto confluyen también argumentos rela-

cionados con la necesidad de planificación familiar y hasta con la absurda proclamación de un derecho de la mujer a decidir si debe o no tener descendencia (como si tal derecho pudiera contener la de eliminar vidas ya existentes), concepto difundido y defendido por movimientos feministas, cuya existencia resulta ahora absurda y anacrónica pues contradice la necesaria igualdad de hombres y mujeres. No faltan tampoco fundamentos que pregonan la necesidad de permitir abortos, para evitar que se efectúen clandestinamente con riesgo de salud y vida, cosa que más o menos equivale a sostener la necesidad de legalizar el uso de las drogas.

Una cuestión importante que cabe plantearse en relación con el derecho a la vida, es el concerniente a si la vida tiene valor económico. Jorge Joaquín Llambías señala al respecto, con bastante claridad y precisión que "no es correcto afirmar que la vida tiene *per se* un valor pecuniario, porque no está en el comercio, ni puede cotizarse en dinero; es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, que se caracteriza –como los demás– por ser innato, inalienable, absoluto y extrapatrimonial. No obstante la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido de ser un objeto material o inmaterial susceptible de valor... Lo que ha contribuido a confundir el asunto es la presunción legal de daño por muerte... Cabe concluir que la vida humana no tiene por sí misma un valor económico, sino que la muerte puede significar para los deudos de esa persona un daño patrimonial derivado de la extinción de esa vida, para la viuda, hijos u otros herederos del muerto, daño consistente en la privación de todo lo que les fuere necesario para proveer su subsistencia..."(56).

(56) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. "La vida humana como valor económico". En: *Jurisprudencia*. Argentina, 1974. Págs. 624 y sgtes.

Estamos de acuerdo con estas apreciaciones, pero creemos que el daño que afecta a quienes de alguna manera cercana y estrecha estuvieran vinculados con quien perdió la vida pertenece también al ámbito moral. Por eso quisiéramos añadir, con Mosset lo siguiente: "El daño moral no tiene por qué tener vinculación porcentual con los daños materiales, y tampoco puede considerarse que es un aspecto complementario o accesorio. El daño moral es autónomo e independiente; tiene vigencia propia que asienta en aspectos expatrimoniales definidos, como son el dolor, las afecciones destruidas, la herida a caros sentimientos, los padecimientos de toda índole. Más allá de los gastos y las ganancias, emerge la silueta principal e irrefutable del peso de la desgracia, de las tribulaciones que muy bien pueden influir hasta en la capacidad de trabajo y en la producción de bienes, desmejorando por estados de ánimo depresivos las posibilidades personales de quien la sufre..."[57]. La simple lectura o revisión de las sentencias pronunciadas por los jueces peruanos de todas las instancias permiten apreciar cómo estos desconocen el pensamiento de la doctrina y jurisprudencia contemporáneas acerca de la condición de los derechos de quienes por actos de terceros pierden la vida, cómo dichos jueces no conceden importancia alguna, exhiben una actitud de ignorante desprecio frente a la reparación que demanda en tales circunstancias la muerte.

Hay otro tema sumamente delicado y espinoso relacionado con el derecho a la vida; se trata de la eutanasia. Rodríguez Iturri la define, con propiedad, como el "acto en virtud del cual un sujeto ordinariamente penetrado de la más profunda sincera piedad siega la vida de otro, considerado como incurable y normalmente poseído de terribles dolores físicos"[58]. Distingue luego

(57) MOSSET ITURRASPE. Jorge. Op. cit.

(58) RODRÍGUEZ ITURRI, Róger. "El derecho a amar y el derecho a morir". Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. Pág. 217.

entre lo que denomina eutanasia *occisiva*, "aquella intención directa de matar con voluntad piadosa" y *eutanasia lenitiva*, "el estado de inconsciencia en la que se coloca al paciente adolorido e incurable para sustraerlo de sus horribles sufrimientos"[59]. El asunto, sin duda, provoca dudas pues puede más bien resultar hasta sádico e insensiblemente indiferente, ver impasible el sufrimiento de alguien que se sabe que pronto va a morir y que no tiene cuando hacerlo, que se debate en una prolongada y dolorosa agonía; en esas circunstancias resulta torpe e irracional esperar el milagro que todos esperan. Arias Schreiber, en un atendible artículo propugna la eutanasia para casos extremos, irremisibles, con la conformidad de la autoridad judicial[60]. Holanda ha legalizado, no hace mucho, la eutanasia. En muchos otros países se discute el tema. En la discusión lo que debe quedar claro es que resulta inadmisible emplear la eutanasia como medio de selección étnica, racial o eugenésica.

Hay dos términos vecinos referidos al de la eutanasia que conviene recordar: *ortotanasia* que consiste en la supresión de la vida no por acción del agente activo sino por omisión de este en el empleo de tratamientos con los que podría prolongar la existencia; y *distanasia*, que es, por el contrario, la prolongación, por medios artificiales, de la vida de un enfermo incurable.

(59) RODRÍGUEZ ITURRI, Róger. Op. cit. Pág. 217.
(60) ARIAS SCHREIBER, Max. "La muerte natural". En: *El Comercio*. 22 de abril de 1998.

9. El derecho a la libertad

El derecho a la libertad es, después del derecho a la vida, el más importante de los derechos de la persona, pues merced a él han descubierto los hombres la posibilidad de realizar sus aspiraciones y de ejercer sus capacidades.

La concepción más correcta de libertad es aquella que sostiene que "es un estado en virtud del cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro u otros"(61). De esta definición o concepción se dice que es negativa porque gira en torno a negar que un hombre pueda estar sujeto a la coacción arbitraria de otro u otros. En este contexto se llama coacción (violación de la libertad) a la irrupción, a la intromisión, la intervención deliberada en el ámbito propio de una persona impidiéndole o perturbándole su quehacer u obligándole a ejecutar acciones contra su voluntad. Es arbitraria cuando se produce sin consentimiento de las normas y principios de convivencia emanados de todo el grupo social. La definición o concepción negativa de libertad supone la existencia de un espacio o ámbito de cada persona, inviolable, sagrado, inexpugnable, no necesariamente físico.

Las definiciones o concepciones de la libertad llamadas "de sentido positivo" hacen, en cambio, posible, dentro de una engañosa apariencia de amplitud y exactitud, que la libertad pueda ser burlada, vulnerada.

Es el caso, por ejemplo, de quienes sostienen que en la *libertad llamada política*, consistente en la posibilidad de asegurar que los hombres participen en la elección de su propio gobierno, en la preparación de la legislación y en el control de la administración reside la vigencia de todas las expresiones de la

(61) HAYEK, Friedrich. "Los fundamentos de la libertad". Unión Editorial. Madrid, 1991. Pág. 26.

libertad, F. Hayek descubre lo erróneo de esta idea en el concepto de libertad de Harold Laski en su libro *Liberty in the modern state* ("Los derechos políticos son esenciales para la libertad y un ciudadano excluido de los mismos, carece de libertad"). En el Perú de la década de 1990 al 2000 quedó palmariamente demostrado que, a pesar de que los hombres eligieron a sus gobernantes y legisladores y de que estos tenían el poder de controlar la administración, la libertad fue ahogada, de modo cada vez más brutal.

Otro caso de concepción de libertad igualmente errónea, en sentido positivo es el de quienes afirman que "es la facultad física de hacer uno lo que quiera" el ilimitado *poder* de satisfacer nuestros deseos o la capacidad de escoger entre las alternativas que se abren ante nosotros. Bárbara Worton, citada por Hayek, citando a su vez a Jouvenel, dice que el más temprano uso explícito de libertad en el sentido de poder se encuentra en *Le Philosophe ignorant* de Voltaire, cuanto este expresa "*Etre veritablemente, c´est pouvoir. Quand je peux faire ce que je veux, voilà ma liberté*"(62). No es admisible concebir la libertad como capacidad omnipotente e ilimitada del hombre. La vida en sociedad demanda la existencia de imprescindibles limitaciones y restricciones a la libertad, pero que no deben provenir del Estado sino de las más directas y genuinas manifestaciones del grupo social y siempre en beneficio de todos y cada uno de los individuos.

La confusión del concepto de *libertad* con el de poder, puede conducir a serias distorsiones del primero. Así, cuando se asimila la idea de poder a la de riqueza pueden darse los casos que menciona Hayek del "cortesano que vive lujosamente pero subordinado a la voz y mandato de su príncipe y que puede ser mucho menos libre que el pobre labriego o artesano; menos ca-

(62) HAYEK, Friedrich. Op. cit. Pág. 32.

paz de vivir su vida y de escoger sus propias oportunidades. De modo similar, el general en jefe de un ejército o el director de un gran proyecto de construcción pueden manejar enormes poderes que en determinados aspectos resultan totalmente incontrolables, y sin, embargo, cabe muy bien que sean menos libres y estén más sujetos para cambiar sus intenciones y planes como consecuencia de la decisión de un superior; que disfruten de menor capacidad para cambiar su propia vida o decidir lo que para ellos es más importante, que el pastor o el campesino más pobre"[63].

Berlin, a su vez, a propósito de ese deseo de querer identificar la libertad con el poder, se refiere a quien dice: "quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie, quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir, concebir fines y medios propios y realizados". Muestra luego el mismo Berlin cómo el peligro y la amenaza, la supresión de la libertad se dan cuando el poder así magnificado, engrandecido, infatuado, avasalla esta; leámoslo: "Este yo dominador se identifica entonces con mi naturaleza superior, con el yo que calcula y se dirige a lo que satisfará a largo plazo, con mi yo '*verdadero*', '*ideal*' o '*autónomo*', con mi '*yo mejor*', que se contrapone por tanto al impulso racional, a los deseos no controlados, a mi naturaleza inferior, a la consecución de los placeres inmediatos, a mi '*yo*

(63) HAYEK, Friedrich. Op. cit. Pág. 34.

empírico' o *'heterónomo'*, arrastrado por todos los deseos y las pasiones, que tiene que ser castigado rígidamente si alguna vez surge en toda su *"verdadera"* naturaleza. Posteriormente estos dos yos pueden estar representados como separados por una distancia aún mayor: puede concebirse al verdadero yo como algo que es más que el individuo (tal como se entiende este término normalmente), como un *'todo'* social del que el individuo es un elemento o aspecto: una tribu, una raza, una iglesia, un Estado o la gran sociedad de los vivos, de los muertos y de los que todavía no han nacido. Esta entidad se identifica entonces como el *'verdadero'* yo, que imponiendo su única voluntad colectiva u *'orgánica'* a sus recalcitrantes miembros, logra la suya propia y por tanto, una libertad *'superior'* para estos miembros... En el momento en que adopto esta manera de pensar, ya puedo ignorar los deseos reales de los hombres y de las sociedades, intimidarlos, oprimirlos y torturarlos en nombre y en virtud de sus *'verdaderos yos'*, con la conciencia cierta de que cualquiera que sea el verdadero fin del hombre (la felicidad, el ejercicio del deber, la sabiduría, una sociedad justa, la autorrealización) dicho fin tiene que identificarse con su libertad, la libre decisión de su *'verdadero yo'* aunque frecuentemente esté oculto y desarticulado". Sobre esta concepción de la *libertad* como poder termina diciendo Berlin: "La concepción *positiva* de la libertad como autodominio (o poder), con la sugerencia que lleva consigo de un hombre dividido que lucha contra sí mismo, se ha prestado de hecho, en la historia, en la teoría y en la práctica, a esta división de la personalidad en dos: el que tiene el control, dominante y trascendente, y el manojo empírico de deseos y pasiones que han de ser castigados y reducidos... Se pueden hacer suficientes manipulaciones con las definiciones de hombre y libertad para que signifiquen todo lo que quiera el manipulador..."[64].

(64) BERLIN, Isaiah. "Cuatro ensayos sobre la libertad". Alianza Editorial. Madrid, 1988. Págs. 201 y sgtes.

Es necesario enfrentar también con prevención aquella otra forma de concepción "*positiva*" de la libertad que ante los reales peligros y asechanzas de la coacción aconseja replegarse en el mundo interior, evadir todo contacto y enfrentamiento con los elementos circundantes, eludir todo asedio, refugiarse en la soledad, complacerse en la sublimación eremítica que sueña, vive y se alimenta de fantasías, renunciar al mundo que obliga a batallas y enfrentamientos, esconderse en un perpetua prisión que lo esconda a uno de todo y de todos. Pero esa no es, en forma alguna, manera de concebir la libertad; será un modo casi monástico pero nada valeroso, de refugiarse de la propia vida, de alcanzar y prolongar una existencia formal, vegetativa. La libertad es algo que existe y se resuelve, invariable e inevitablemente, en la relación, en la confrontación vital entre personas. La soledad, el aislamiento, el apartamiento, el retiro, son solo eso; no son libertad.

Tampoco podemos conformarnos con quienes encuentran el fundamento de la libertad y de todos los valores solamente en la razón. Aquellos que sostienen que "si el universo está regido por la razón no habrá necesidad de coacción; una vida correctamente planeada para todos coincidirá con la libertad completa"(65). O cuando Spinoza dice que "los niños, aunque son coaccionados, no son esclavos porque obedecen leyes que han sido dadas para sus propios intereses... y el sujeto de una verdadera comunidad no es esclavo, porque los intereses comunes tienen que incluir el suyo propio"(66). O la afirmación de Rousseau que "si yo entrego libremente todas las partes de mi vida a la sociedad, creo una entidad que puesto que ha sido construida por la igualdad de sacrificios de todos sus miembros, no puede desear

(65) BERLIN, Isaiah. Op. cit. Pág. 217.
(66) BERLIN, Isaiah. Op. cit. Pág. 218.

hacer daño a ninguno de ellos; al darme a todos, no me doy a ninguno y recobro tanto como pierdo, con la suficiente nueva fuerza para preservar lo que he ganado recientemente "[67]. Muchos racionalistas cifran exclusivamente en la educación la capacidad de dar libertad y atribuyendo excesivos dones a ese instrumento (hasta poder convertirlo en opresor) dicen como Fichte que "la educación debe actuar inevitablemente de tal manera que reconozcas después las razones de lo que estoy haciendo ahora... el obligar es también un tipo de educación... El sabio te conoce mejor de lo que te conoces a ti mismo, pues tú eres la víctima de tus pasiones, un esclavo que vive una vida heterónoma, un miope ente incapaz de entender tus verdaderos fines... los que están educados mejor, los que son más racionales, los que poseen la más elevada compresión de su época y de su gente, pueden ejercer la coacción para racionalizar a la parte irracional de la sociedad... nadie tiene derechos contra la razón..."[68]. Pero en respuesta a todo ello, como dice Kant, la libertad es un atributo que concierne sobre todo al ámbito moral de los hombres y la capacidad de estos para dirigirse a sí mismos corresponde solo a cada uno de ellos; no existen expertos en cuestiones morales, ya que la moralidad no es cuestión de ningún conocimiento especializado sino del uso correcto de una facultad humana universal, y que, por tanto, lo que hacía libres a los hombres no era obrar de cierta manera que los mejorase, a lo cual podían estar coaccionados, sino saber por qué debían obrar así, lo cual nadie podía hacer por nadie ni en nombre de nadie.

En la lucha por sacudirse del yugo colonial que los ataba y en la que aún tanta gente sostiene contra la discriminación de diversas clases, se ha incurrido, a menudo, en nuestros pueblos, en otra confusión, tan grave como las anteriores. Se ha mezcla-

(67) BERLIN, Isaiah. Op. cit. Pág. 218.
(68) BERLIN, Isaiah. Op. cit. Pág. 220.

do el concepto de libertad con el deseo de autodeterminación colectiva y de identidad social, con el de singularidad comunal, con el de reconocimiento como nación y como raza. Frente a ello es necesario esclarecer que la libertad es un atributo que atañe, toca y corresponde de modo exclusivo a cada individuo, mientras que los otros conceptos mencionados son aplicables a grupos sociales. Es por eso inexacto sostener –como muchas veces se hace– que desde el 28 de julio de 1821 Perú comenzó a ser un país libre o, peor aún, de hombres libres. Porque si bien desde entonces se inició el proceso de nuestra independencia de España (que es cosa diferente y que concluyó en 1824), continuaron, sin embargo, viviendo en Perú, en enorme mayoría, individuos coaccionados, sometidos en distintas formas, no libres, que hasta ahora, en muchos aspectos, subsisten en tal condición. La tarea de la efectiva liberación de todos los individuos de Perú todavía esta pendiente; hay muchas cosas por hacer al respecto.

Queda pues claro, que lo que importa para hacer vigente el derecho a la libertad es establecer una esfera, un ámbito, un territorio en el que cada persona –y todas al mismo tiempo– puedan realizar sus propias acciones, su propio destino, *sin que nadie,* individuos, grupos o Estado, puedan impedirlo u obligar, arbitrariamente, a hacer cosas diferentes. Las concepciones llamadas *"positivas"* de la libertad, que hemos analizado, serán aceptables y válidas en la medida en que sean complementarias de la concepción *"negativa"* que acabamos de explicar.

Las normas sobre la libertad

La libertad es una sola y no cabe por tanto admitir su fragmentación, ni fractura, para aceptar la vigencia de algunas de sus expresiones, a cambio de la supresión de otras. Sin embargo la práctica común de vida hace que sea ejercida, a través de esas diversas expresiones, en forma separada, pues unos individuos

requieren más de algunas de ellas que de otras. Tales expresiones de la libertad toman, en las declaraciones y en las normas que las protegen, el nombre de libertades. Así, se hace referencia a la **libertad de pensamiento**, que es la de apreciar, considerar y juzgar las cosas del mundo y las acciones de los hombres, sin que para ello deba mediar presión ni influencia de nadie, debiendo tales juicios ser fruto de la observación y reflexión de cada quien; la Constitución de 1993 no se refiere a esta libertad; la Declaración de los Derechos Humanos sí lo hace en el artículo 18.

La libertad de conciencia, que es la de reconocer nuestros atributos esenciales y nuestras capacidades espirituales, materiales y morales, buscándolos en el interior de nuestro propio ser (considerada en el inc. 3 del artículo 2 de la Constitución vigente y el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La libertad de religión (protegida por el inc. 3, artículo 2 de la Constitución), que la Declaración de los Derechos Humanos indica (en su artículo 18) que incluye la de cambiar de religión o de creencia, así como la de manifestarlas, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

La libertad de información (reconocida en el inc. 4 del artículo 2 de la Constitución) que es la de saber –sin tamices ni filtros interesados– lo que acontece en el mundo.

La libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento (tutelada también por el inc. 4 antes mencionado y por el artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos), es la de poder tener parecer propio sobre cualquier asunto y poder expresarlo sin censuras ni limitaciones y, como dice esa misma

norma, "sin previa autorización ni impedimentos, bajo las responsabilidades de la ley".

La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (protegida por el inc. 8 del artículo 2 de la Constitución).

La libertad de trabajo, que implica la de elegir el trabajo a ejercer así como la de pactar las condiciones del mismo (reconocida en el inc. 9 del artículo 2 de la Constitución).

La libertad de elegir el lugar de residencia y de transitar por el territorio nacional, salir y entrar de él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería (inc. 11 del artículo 2 de la Constitución y artículo 13, Declaración de los Derechos Humanos).

La libertad de asociarse y constituir organizaciones, sin tener que obtener autorización previa (inc. 13 artículo 2 de la Constitución y artículo 20 Declaración de los Derechos Humanos), que incluye el derecho de no ser obligado a pertenecer a una organización.

El derecho a la libertad y seguridad personales, que el inc. 24 del artículo 2 de la Constitución describe diciendo que:

a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b) No se permite forma alguna de restricción personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

c) No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimenticios.

d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción posible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

f) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

g) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley.

h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

El derecho a la libertad económica, que en la Constitución se encuentra regulado en los artículos y términos siguientes:

Art. 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.

Art. 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad públicas.

Art. 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Art.62.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

Art. 64.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Art. 70.- El derecho de propiedad es inviolable.

10. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se construye sobre la consideración de que toda persona desenvuelve su vida, alternativamente, dentro de tres esferas: a) la de la vida pública; b) la de la vida privada; y, c) la de la vida íntima. En la primera se realiza la vida ante todas las personas que pasan por ella, sin que pueda hacerse nada para evitar su presencia e impedir o evitar la nuestra frente a ellas. Nos ven tal cual nos mostramos; se enteran de todo lo que a su vista hacemos. No existe filtro, barrera ni restricción que impidan el conocimiento de lo que acontece en esa esfera. Su escenario son las calles y demás lugares públicos. Los límites que dividen las *esferas pública* y *privada* son los muros que circundan los hogares y las paredes que encierran los lugares de estudio y trabajo. De esos muros y paredes para adentro se encuentra la esfera de la vida privada. En ella se mueven y viven nuestros familiares y las personas a las que por considerarlas cercanas se les franquea acceso. En esta esfera el trato, el lenguaje, el vestido, las costumbres son más informales y desenvueltas, la confidencia más frecuente. La vida íntima, en cambio, está constituida por diversos hechos y situaciones cuyo conocimiento solo concierne al protagonista principal de los mismos y a quien este le consienta enterarse de ellos. Novoa

Monreal[69] considera que dichos hechos y situaciones son los siguientes:

a) ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desea sustraer al conocimiento ajeno;

b) aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;

c) aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo;

d) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles;

e) comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría en la apreciación que estos hacen de aquel;

f) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;

g) contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es dirigidas únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas;

h) la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para este;

i) orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil;

(69) NOVOA MONREAL, Eduardo. "Derecho a la vida privada y libertad de información". Siglo Veintiuno Editores. México, 1979. Págs. 45 y sgtes.

j) el cumplimiento de funciones fisiológicas y otros hechos o actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables;

k) momentos penosos o de extremo abatimiento; y,

l) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial).

La doctrina de modo uniforme, considera que el concepto de derecho a la vida privada y de derecho a la intimidad así como la separación de la vida en las tres esferas antes indicadas, son expuestas por primera vez en el artículo publicado el 15 de diciembre de 1890 por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en el volumen IV, N° 5, del *Harvad Law Review*. En dicho artículo reclaman la vigencia de un nuevo derecho, el derecho a la privacidad, por cuanto estiman que "los cambios políticos, sociales y económicos exigen el reconocimiento de nuevos derechos" en razón de que "el *common law,* en su eterna juventud, debe tratar de seguir el paso a la nuevas demandas de la sociedad". Denuncian que "el sagrado espacio de la vida privada y doméstica se ha visto invadido, últimamente, por las fotografías instantáneas y la prensa escrita y muchos instrumentos mecánicos amenazan con hacer verdadera la predicción de que lo que se susurra dentro del armario será proclamado desde los techos de las casas". Sostienen la necesidad de que se proteja la privacidad debido a que "la prensa está traspasando todos los límites de la propiedad y la decencia. El chisme no es más un recurso de los holgazanes y viciosos, sino que se ha convertido en una mercancía que se consigue con empeño y descaro". A partir de este artículo, grande ha sido el desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial dado al derecho a la intimidad, al punto que, en la actualidad, dicho derecho debe comprender:

1) No ser víctima de intrusiones no autorizadas en la vida privada o íntima, y poder rechazar tales invasiones en caso de que se produzcan;

2) Tener plena autonomía para la toma de decisiones, sin influencias ni presiones externas de personas, instituciones, gobiernos, medios de comunicación, opinión pública;

3) Poder controlar la información que otros tengan de nosotros, impidiéndoles que la difundan sin nuestro consentimiento o que la entreguen fragmentada o recortada, distorsionándola de este modo; y,

4) Poder mantenerse en soledad, sin ser perturbado en el ámbito en el que uno quiera recluirse.

La primera referencia universal, oficial, al derecho a la privacidad e intimidad se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 12 establece que "nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, en las de su familia, en su domicilio o en su correspondencia". En Perú es la Constitución de 1979, artículo 2 inc. 5, la primera que consagra este derecho. La Constitución de 1993 repite el precepto en el artículo 2 inc. 7.

Los días 22 y 23 de mayo de 1967 se realizó la conferencia de Juristas Nórdicos, llamada así –no obstante que asistieron juristas de diversos lugares del mundo– por haberse efectuado en Estocolmo. Esta conferencia tuvo por fin llevar a cabo el estudio del derecho a la intimidad sentando las características y la bases doctrinarias del mismo. En ella, además de definir los aspectos que lo conforman –del modo que, con los aportes introducidos por Novoa Monreal, mostramos en líneas precedentes– se trató lo concerniente a las cuestiones que afectan en la

actualidad este derecho, a las formas más frecuentes de atentar contra el mismo y los medios que se usa para esto.

En lo que respecta a las cuestiones que en la actualidad se producen, de uno u otro modo, en el mundo, que afectan el derecho a la intimidad, concluyeron que las principales son las siguientes:

1) El registro de las personas. Entendemos que puede referirse a la frecuencia con que se solicita información sobre los hechos relevantes de la vida de las personas, o más bien a la información que se ven obligadas a consignar;

2) La entrada a recintos y otras propiedades y su registro;

3) Los exámenes médicos y psicológicos y pruebas de aptitud física;

4) Las declaraciones penosas, falsas o fuera de propósito acerca de la personas;

5) La violación de la correspondencia;

6) La interceptación de instalaciones telefónicas o telegráficas;

7) El uso de vigilancia electrónica u otros dispositivos de espionaje;

8) Las grabaciones de sonido y la toma de vistas fotográficas y cinematográficas;

9) Las importunidades o impertinencias de la prensa u otros medios de comunicación;

10) La revelación de información, ya sea dada a asesores privados o autoridades públicas obligadas al secreto profesional, o recibida de aquellos;

11) La revelación pública de asuntos privados;

12) El hostigamiento de la persona (como por ejemplo observar, acosar o exponer a llamados telefónicos molestos).

La historia reciente de nuestro país muestra, lamentablemente, numerosos casos que prueban la certeza de la relación de cuestiones precedente.

En términos más genéricos Ferreira Rubio considera que existe una tendencia universal a invadir y hasta a suprimir la individualidad de las personas, con la consiguiente afectación que esto origina en la intimidad de ellas. Atribuye esto a tres factores importantes: a) La masificación social; b) la concentración urbana; y, c) el intervencionismo estatal, que se manifiesta en que la "intromisión del Estado en la vida y actividad de sus miembros se hace cada vez más notoria y omnicomprensiva"[70].

Desafortunadamente, el portentoso adelanto de la ciencia y la tecnología no solo ha servido para procurar bienestar a la humanidad sino para, como en el caso de este importante derecho, facilitar de modo sofisticado su violación e ingresar, muchas veces impunemente, en la vida y el mundo interno de las personas. Tello Febres, citando a Fariñas, Novoa y Key[71], menciona numerosos casos de avanzados dispositivos de vigilancia visual y auditiva que penetran dicha intimidad y que hasta pueden doblegar la decisión y la conciencia de las personas.

(70) FERREIRA RUBIO, Delia. "El Derecho a la intimidad". Editorial Universidad. Buenos Aires, 1982. Pág. 31.

(71) TELLO FEBRES, Milagros. "Derecho a la intimidad". Tesis para optar el título de abogado. Universidad de Lima. Lima, 1992. Págs. 144 y sgtes.

En el campo de la doctrina se ha planteado el tema de ¿a quiénes debe corresponder el derecho a la intimidad? No cabe duda que debe serlo a todas las personas naturales, sin restricción ni limitación alguna y sin admitir que el hecho de que tengan nombradía o relevancia pública deba privarles de tal derecho. No coincidimos con quienes sostienen que corresponde invocar en nombre de personas fallecidas el derecho a la intimidad, pues afirmamos que el fallecimiento extingue toda posibilidad de ejercicio de derechos, poniendo fin al sujeto de derecho que era el difunto. Lo que sí cabe es que toda persona que resulte lesionada de cualquier manera, por la utilización de información concerniente a la vida íntima de un fallecido, de modo que se afecte sus derechos, reclame por ello en su propio nombre. Tampoco creemos que las personas jurídicas tengan derecho a la intimidad, pues este concepto es exclusivo de la naturaleza de las personas naturales. La persona jurídica podrá reclamar por la violación de sus secretos societarios, institucionales, que, de ningún modo, pueden asemejarse al derecho a la intimidad de las personas naturales.

No cabe duda que el nacimiento y posterior gran desarrollo de los medios de comunicación e información ha creado un riesgo, una amenaza grande y permanente que asedia el derecho a la intimidad. Es que dichos medios quieren saber y divulgar todo, más aún si se trata de la vida escondida de personajes importantes; existen medios que funcionan solo para tal difusión. De ese modo se plantea una especie de oposición o contradicción entre el tan importante derecho a la intimidad y el derecho, no menos importante, a la información, que comprende el de ser informado de todo lo que acontece en la comunidad en que se vive (derecho de los pobladores) y de hacerles saber todo lo que ocurre (derecho de los medios). A la autoridad, sobre todo judicial –pues más se trata de situaciones casuísticas– corresponde fijar con claridad tal límite, pues si bien existe el derecho a

ser informado y a informar, no debe este, extralimitarse hasta indagar y ventilar de modo morboso cuestiones de la vida íntima de las personas públicas, sin que exista el imperativo justificatorio de contribuir con ello a exigencias de la vida social. En Perú, lamentablemente, los jueces permiten que, sin sanción ni castigo, se trafique muchas veces con la difusión de hechos de la vida íntima de las personas, no tienen conciencia de la vigencia e importancia del derecho a la intimidad.

Otro hecho que ha venido a menoscabar seriamente la vigencia del derecho a la intimidad es el significativo desarrollo de la informática, que permite acoger en archivos, masivamente, información protegida por este derecho e ingresar a los mismos con facilidad que sobrepasa cualquier posibilidad de uso discreto.

En este contexto, el artículo 14 del Código Civil peruano, destinado a consagrar y cautelar el derecho a la intimidad, resulta insuficiente frente al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha cobrado dicho derecho y frente a las exigencias reales y actuales de protección del mismo. En efecto, dicha disposición se limita a prohibir que la intimidad de la vida personal y familiar *sea 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. No impide, en cambio, la intrusión, que es la forma más grave y frecuente de violación; ni establece disposiciones que aseguren el control por la persona de la información que de ella otro pueda poseer, ni otorga el necesario poder que afiance la plena autonomía en la toma de decisiones ni establece tampoco prescripción alguna que permita aquello tan necesario, tan fundamental en la vida de todos los seres humanos: poder, cuando uno decida, mantenerse en soledad; no ser perturbado en el ámbito en el que queramos recluirnos, en el que queramos alejarnos de las interrupciones de los demás. Necesario es pues

que se modifique dicho artículo 14 para recoger todo este contenido importante.

Otra norma del Código Civil correspondiente al derecho a la intimidad es la contenida en el artículo 11, inadecuadamente ubicado, que dispone que: "Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual". A través de ella se impone el acceso a la intimidad de la persona mediante examen médico acordado, solo en los casos en que "la salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual". Ejemplos, podemos encontrarlos en la situación del deportista o del piloto de aviación cuyas contrataciones se produjeron y subsistirán solo en la medida en que los respectivos exámenes médicos establezcan que las aptitudes psíquicas o físicas que determinaron las mismas continúan en igual condición, permitiendo así el cumplimiento de la prestación debida.

11. El derecho al honor

Respecto del honor dice Carbonier que "se trata de algo difícil de definir, que está a la vez en uno mismo, en el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad, y en los demás, en el sentimiento que ellos tienen de nuestra dignidad"(72). Novoa Monreal, por su parte, indica que "es el sentimiento que (todo ser humano) siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)". Tales definiciones, sin embargo, son relativizadas en su validez y aplicación, pues resultan de la apreciación del propio sujeto, de cada sujeto (en el caso del honor subjetivo) y de la de los demás (en el caso del honor obje-

(72) CARBONIER, Jean. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen I. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960. Pág. 314.

tivo). Por eso tal vez sea más propio fundar el concepto de honor y consiguientemente, el derecho al honor, en la dignidad humana como valor universal, repitiendo lo que expresa López Díaz al respecto, citando a Alonso Álamo, "el honor no es algo que se tiene (concepto objetivo) o que se siente (concepto subjetivo) sino que forma parte de la dignidad humana"(73). El derecho al honor, por tanto, es el poder o facultad que se tiene de rechazar todos los actos que puedan lastimar esa estimación, ese aprecio, dimanentes de la dignidad y al mismo tiempo el poder o facultad de conservar intactos esos conceptos valorativos del ser humano.

El Código Civil no establece una normativa especial sobre este derecho; se limita, en el artículo 5, a mencionarlo, entre otros de la persona, para determinar que todos estos derechos son inherentes al ser humano, son irrenunciables y "Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6". Esta salvedad no es, empero, la única, pues a tenor de lo dispuesto en los artículos 11, 14, 15 y 16 pueden también sufrir limitaciones voluntarias los derechos a la intimidad, a la imagen y al secreto de los documentos privados. Derechos que no pueden ser, en ningún caso, materia de limitación o restricción voluntaria son los derechos a la vida, a la libertad y al honor.

El artículo 5, antes citado, se limita, como puede verse, a establecer por texto legal solo tres de los varios atributos o características de los derechos de la persona que hemos mencionado antes. Una de tales características es, ya lo dijimos, su extrapatrimonialidad, es decir la imposibilidad de ser valuados en el mercado, o de ser apreciados pecuniariamente para los fi-

(73) LÓPEZ DÍAZ, Elvira. "El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Dykinson. Madrid. 1996. Pág. 53.

nes de transferencia. Este atributo sin embargo no debe ser materia de confusión, para sostener, equivocadamente, que la vulneración de un derecho de la persona no origine resarcimiento o reparación. Por el contrario, toda violación de un derecho de la persona debe originar el resarcimiento o reparación consiguientes –y esto se da muy frecuentemente en el caso del derecho al honor– tanto por la afectación patrimonial como no patrimonial que cause dicha violación.

Como en el caso del derecho a la intimidad y en el de todos los derechos de la persona, el *derecho al honor* solo corresponde a las personas vivas, nunca a las fallecidas, y solo a las personas naturales, no a las jurídicas. Si los sucesores o herederos de un difunto o los socios de una persona jurídica accionan civilmente contra alguien por violación del derecho al honor, tendrán que demostrar que es el suyo el lesionado y no el del fallecido, carente ya de derechos, ni el de la persona jurídica, que no lo tiene y no puede confundirse con derechos semejantes pero distintos, como el derecho al prestigio comercial o institucional.

Antes de la dación del Código Civil de 1984 el ordenamiento civil no hacía referencia específica de protección al derecho al honor. Lo hacía solo en el ordenamiento penal, en disposiciones tutelares que se mantienen en el actual código dado en 1991, entre los artículos 130 a 138. El artículo 130 establece el delito de *injuria,* que comete "El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho" que por ello "será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa". El artículo 131 se refiere al delito de *calumnia* en el que incurre "El que atribuye falsamente a otro un delito…", para quien se prevé una pena de noventa a ciento veinte días-multa. El delito de *difamación* se encuentra sancionado en el artículo 132; lo comete quien "ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pue-

da difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación"; la pena es privativa de la libertad, no mayor de dos años, además con treinta a ciento veinte días-multa. Si la difamación consiste en atribuir falsamente la comisión de un delito, la pena privativa será no menor de uno ni mayor de dos años, con noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete mediante libro, prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa. Por el artículo 134 se concede el beneficio de la *exceptio veritatis*, o sea de obtener la exención de la pena, demostrando la verdad de la imputación, solo en los siguientes casos:

1) Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones;

2) Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida;

3) Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia;

4) Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o la cualidad o conducta que se le haya atribuido.

El artículo 138 permite accionar penalmente al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos de la persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente, cuya memoria resulta ofendida por los delitos de injuria, calumnia o difamación.

Consideramos imperiosa la necesidad de que se dé una ley que desarrolle diversos aspectos concernientes a la definición, protección y defensa de los derechos de la persona. El hecho de que algunos de ellos se encontraran protegidos en el pasado únicamente por normas penales ha creado una especie de conciencia o preconcepto que indica que se debe esperar que se produzcan violaciones para recién recurrir a la ley y al derecho, en vía de solución y reparación. No hay disposiciones claramente precautorias. Por otro lado, si bien el Código de 1984 tiene el mérito de ser pionero en América Latina en la introducción de estos nuevos derechos, ese mismo hecho ha determinado quizás que las normas concernientes a los mismos adolezcan de imprecisión, de vaguedad y de confusión, creando una suerte de indefinición peligrosa, de vigencia de los derechos meramente simbólica, lírica, inútilmente declarativa. La jurisprudencia muestra que los jueces no tienen la más mínima conciencia del valor inmenso y de la importancia de los derechos de la persona. La prensa irrumpe, impunemente, complacidamente, en la intimidad y el honor de las personas y trafica como quiere con la imagen de ellas, sin que exista autoridad jurisdiccional que ponga coto y límite a tan abusivos excesos.

Es necesario pues establecer con claridad los linderos demarcatorios entre el derecho a la información y el derecho al honor y la intimidad; determinar –como lo hace la ley española– que producida y probada la intromisión en la esfera de esos derechos, se presume –*juris tantum*– el perjuicio; poner a la vista de los jueces, de modo claro y objetivo, los elementos que despejen sus dudas y que les faciliten la sanción de los daños extrapatrimoniales.

12. Derechos a la integridad psicosomática, a disponer de partes del cuerpo, a disponer del propio cadáver y a disponer de cadáver ajeno

Entre los artículos 6 a 13 del Código Civil se regulan estos derechos, que dicha normativa y aun la doctrina nacional los trata de modo confuso, sin diferenciarlos con la claridad y precisión con que lo hace Santos Cifuentes.

El artículo 6 se refiere al *derecho a la integridad* prohibiendo la realización de "actos de disposición del propio cuerpo... cuando ocasionen una disminución permanente de la *integridad física* o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres". Como es de verse, en cuanto a la integridad de la persona, tal norma se limita a vedar los actos capaces de causar "una disminución permanente de la *integridad física*...", pero se perfecciona mediante aplicación integrada con el artículo 2, inc. 1 de la Constitución que dispone que "Toda persona tiene derecho a... su *integridad, moral, psíquica y física*...". El propósito es cautelar, proteger la integridad total de las personas, velar por su incolumidad, pues ella es garantía de bienestar y de realización. En cuanto a la integridad total Rubio Correa indica que comprende la anatómica, atinente de las partes del cuerpo, la funcional, que respecta al funcionamiento cabal de dichas partes, y la emocional. Conviene precisar que cuando la norma emplea la expresión *"actos de disposición"* se refiere a los de ablación o separación de partes o elementos del cuerpo. Es claro que no toda separación de dichas partes o elementos origina una "disminución permanente", que es lo que constituye materia de prohibición. Por ejemplo, los cortes de pelo y uñas, la extracción de sangre para fines de transfusión y la expulsión de semen, saliva o leche materna no se hallan en tal condición.

El artículo 6 prohíbe también los actos de disposición del propio cuerpo "cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres". Fernández Sessarego, ponente del Libro I del Código, señala que en esta disposición "estarían comprendidas, por ejemplo, la práctica de la prostitución y el exhibicionismo pornográfico(74).

El mismo artículo 6 establece, sin embargo, consagrando, otro derecho, el de disponer de partes del propio cuerpo, que pueden excepcionalmente realizarse tales actos de disposición "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios". Ello significa que se permite la realización de actos de ablación o separación de partes del cuerpo, aun cuando originen una disminución permanente en la integridad psicosomática, si atienden, a cualquiera de las dos situaciones que acabamos de señalar. Al efecto es necesario recordar que el estado de necesidad como lo define Soler es "una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico"(75).

En consecuencia, cuando se permite un acto de disposición debido a que "su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico" es porque resulta necesario permitir un mal menor para evitar un mal mayor. Tal el caso de la necesaria amputación de un dedo para salvar la mano o el brazo, o la del brazo para salvar la vida.

Cuando el artículo 6 autoriza la realización de actos de disposición "inspirados por motivos humanitarios", se refiere a los

(74) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Derecho de las Personas". Librería Studium Editores. 1ª edición. Lima, 1986, Pág. 51.

(75) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". Tomo I. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1976. Pág. 359.

que proporcionan órganos o tejidos para trasplantes o injertos. Es decir, no obstante tratarse de un acto que origina una disminución permanente en el cuerpo de una persona, es permitido porque puede procurar la salvación, la prolongación de una vida amenazada.

El mismo artículo 6, en su parte final, señala que los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de los seres humanos son regulados por la ley de la materia, referencia que alude a las Leyes N°s. 23415, 24703, a su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 014-88-SA de 19 de mayo de 1988 y la Ley N° 27282, normas todas que merecen comentario aparte.

El artículo 7 dispone que "La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos *que no se regeneran* no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante". Ciertamente tal texto es imperfecto, pues tales condiciones deben darse no solo en el caso de partes, órganos o tejidos que no se regeneran sino incluso en el de cesión de los que se regeneran. Concluyen el artículo estableciendo que la determinación de ceder debe expresarse a través de consentimiento expreso y escrito.

El artículo 8 contiene el derecho de disposición del propio cadáver señalando que "Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo, para que sea utilizado después de su muerte...". Es permitido tal acto de disposición únicamente: 1) con fines de interés social; y, 2) para la prolongación de la vida humana.

El segundo párrafo de dicho artículo aclara lo que se quiere decir con la expresión "con fines de interés social"; se refiere a instituciones científicas, docentes, hospitalarias que efectúan investigaciones con cadáveres. El mismo párrafo deja claro que quienes pueden recibir cadáveres "para la prolongación de la

vida humana" pueden ser los propios beneficiarios o bancos de órganos y tejidos.

El artículo 9 señala que tanto las personas que decidan ceder partes de su cuerpo o ceder sus cadáveres, parcial o totalmente, pueden revocar esa decisión antes de que se consume. La misma norma indica que la revocación no dará lugar al ejercicio de acción alguna, mejor dicho que nadie podrá interponer reclamo alguno por causa de la revocación.

Los artículos 10 y 13 consagran la vigencia de *otro derecho, el de disponer de cadáveres ajenos.* El 10 lo otorga a los jefes de los establecimientos de salud (hospitales, clínicas, policlínicos, postas médicas, etc.) o de los servicios de necropsias, respecto de los cadáveres que se encuentren en los mismos, previa conformidad de los parientes mencionados en el artículo 13 o, sin esta exigencia, en caso de cadáveres no identificados o abandonados. El artículo 13 lo atribuye "al cónyuge del difunto, o sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden..." a falta de declaración hecha en vida por el propio difunto, respecto de la necropsia, incineración y sepultura del cadáver, sin perjuicio, desde luego, de la aplicación de las normas de orden público que rigen respecto de esas cuestiones.

Dentro de la confusa disposición en que se encuentran los artículos que venimos comentando, se halla el 12, que determina que solo son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos *"para la vida o la integridad física de una persona"*, cuando dichos actos correspondan a la actividad habitual del contratado y se le proporcione a este "las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias".

13. El derecho a la imagen

Para los efectos de este derecho, se llama imagen a la representación de la figura de una persona, obtenida mediante un procedimiento mecánico o electrónico de reproducción. Tal reproducción debe ser claramente visible y hacer reconocible a la persona representada. En ese contexto, no debe, por tanto, confundirse esta expresión, imagen, con la que, muchas veces, vulgarmente se usa para referirse a la opinión o consideración social que se tiene de una persona ("tiene buena imagen", "han lanzado patrañas contra su imagen"), mejor dicho al aspecto externo o social del derecho al honor. La imagen, en la consideración antes indicada, comienza a tener importancia jurídica –hasta posteriormente dar nacimiento al derecho que hoy la tutela– con la aparición de la fotografía, que por primera vez permite hacer reproducciones gráficas exactas, de la figura de la persona. Esto acontece el 14 de agosto de 1839 en que Louis-Jacques Daguerre presenta su invento, la primera máquina fotográfica, a la que llama daguerrotipo. Después se producirían otros hechos que afirmarían y proyectarían considerablemente este acontecimiento: en 1841 William Henry Fox Talbot da a conocer en la Academia de Ciencias de París el negativo. Por ese mismo tiempo M. Blanquart-Enrard introduce la reproducción sobre papel. Al poco tiempo Dubroni crea las primeras cámaras portátiles y George Eastman inventa el uso de rollos de papel emulsionado. En 1891 Gabriel Lippman obtiene las primeras imágenes a color, que le vale para obtener el Premio Nobel de Física.

Desde tiempo inmemorial se ha dado importancia singular a la representación gráfica de la figura de las personas. Los pueblos primitivos tenían la creencia supersticiosa de que captando el reflejo de la imagen de alguien podía sustraérsele el espíritu. En Roma, era una distinción reservada a los nobles el ejercicio

del *ius imaginis,* que permitía formar una máscara de cera a los cadáveres de estos, para disfrutar del privilegio de su exposición en los atrios de las casas y en los cortejos fúnebres.

En el medioevo y en la Edad Moderna, así como en los albores de la Contemporánea, la pintura y la escultura permitieron perpetuar en lienzos, bronces y mármoles, con perfección depurada, los rostros, gestos y expresiones de muchos personajes. En ninguna de esas épocas, sin embargo, fue permitido, concebible, ni razonable, efectuar reproducciones subrepticias, no autorizadas, pues en toda representación con uso de esos medios se requería no solo el consentimiento sino la participación de los reproducidos, que posaban para el artista. Es pues la fotografía, más tarde asociada a los medios de comunicación y al derecho a la información, la que permitirá tomar, reproducir y divulgar imágenes de las personas, con o sin su consentimiento, en número de copias ilimitado. La cinematografía, nacida en 1895, daría acceso a la toma de imágenes vivas, móviles, no estáticas como las de las fotografías.

Desde el momento en que se producen esos inventos, que conducen pronto al uso de las imágenes de las personas, surge inquietud en el mundo jurídico por cautelar el derecho que, se supone o se advierte, tienen esas personas, pues sin duda se trata, en el fondo, del uso, de la manipulación de las mismas. Se tiene ciertamente la convicción de que, como señala J. Ravanas "la imagen constituye la transparencia más plena y la proyección más directa de la personalidad... Es la apariencia tangible del alma que habita en el cuerpo; exterioriza el yo, revela sentimientos, pasiones, alegrías y penas..."(76). Las primeras manifestaciones de esa inquietud se dan con el reconocimiento del

(76) RAVANAS, J. *"La protection des personnes contre la realisation et la publicatión de leur image"* (París, 1978). Citado textualmente por AZURMENDI, Ana. "El derecho a la propia imagen". Universidad de Navarra. Editorial Civitas. Madrid, 1997. Pág. 22.

derecho a la imagen por la jurisprudencia francesa, en la segunda mitad del siglo XIX. Más tarde se producen sucesivamente en el tiempo, resoluciones en el mismo sentido, por los jueces de Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos de América, Italia y Alemania.

Según muchos autores, el primer reconocimiento legislativo del derecho a la imagen lo da la ley alemana de 10 de noviembre de 1842. Posteriormente lo harían la ley rusa de 21 de enero de 1845, la inglesa de 29 de julio de 1862, la húngara de 26 de abril de 1884, la belga de 22 de mayo de 1886, la colombiana de 26 de octubre del mismo año, la ecuatoriana de 3 de agosto de 1887, la suiza del 23 de abril de 1888 y la del Estado de California de 1899. Se sostiene –en los primeros tiempos en que asoma– que se trata de un derecho de propiedad sobre la imagen. Después se lo asimila al derecho de autor, haciéndoles compartir tal derecho, en comunión, al fotógrafo y al fotografiado. Posteriormente, sobre las bases doctrinales que construye Gierke para formular la propuesta de la existencia y necesidad de protección de los derechos de la personalidad, se reconoce entre estos al derecho a la imagen. Es en el XXVI Congreso Jurídico alemán, realizado entre el 10 y 12 de setiembre de 1902, que se admite la necesidad de protegerlo. El derecho es adoptado en los siguientes términos "Contra la abusiva exposición de imágenes fotográficas se debe conceder tutela por la ley cuando sean violados intereses dignos de protección, en particular cuando sean abandonados a la publicidad, hechos que solo los interesados, según las ideas dominantes, tienen la atribución de hacer públicos"[77]. Influye, Enneccerus, de modo considerable, en la toma de esa decisión sugiriendo, además, que no debía ser necesario el consentimiento por el uso de la imagen en los siguientes casos:

(77) RUIZ y TOMÁS, Pedro. "Ensayo sobre el derecho a la propia imagen". Editorial Reus (S.A.). Madrid, 1931. Pág. 75.

1) Carácter público de las actividades de una persona o de los acontecimientos en los que participe;

2) Concurrencia con otros derechos (se refiere a los de libertad de prensa y derecho de propiedad intelectual y artística); y,

3) Necesidades de la justicia y del orden público.

El derecho a la imagen comprende los siguientes aspectos: 1) captación u obtención de la misma; 2) reproducción; y, 3) publicación.

El titular ejerce tal derecho sobre todos esos aspectos. Quienes reciban consentimiento para el uso de la imagen podrán emplearlo sólo sobre el aspecto o aspectos que los hubiere autorizado.

El lado positivo del derecho reside en la facultad del titular de obtener, reproducir y publicar la imagen. El lado negativo en la de excluir la obtención, reproducción y publicación de la imagen por quien carece de autorización por ella.

El consentimiento por el uso de una imagen puede darse limitada en el tiempo o en el espacio. Así, puede convenirse en que una publicación divulgue la imagen de alguien dentro de un periodo y lo haga en un número determinado de ediciones o publicaciones. Puede también acordarse que un medio determinado use en forma exclusiva una determinada imagen. El consentimiento debe ser revocable, cuando pone en riesgo la dignidad del titular. Azurmendi Adarraga pone de manifiesto, sobre el tema, consideraciones sumamente interesantes: Dice que la imagen "es un rasgo distintivo de la personalidad humana... La fisonomía animal no tiene un principio individualizador tan radical como el que existe en el ser humano... El rostro del hom-

bre está determinado por su relación inmediata con un sujeto individual, que es único, y que tiene conciencia de serlo, en el sentido de irrepetible, de distinto a los demás... La imagen humana, en lo que tiene de apariencia externa del hombre, le individualiza –le separa y le distingue de los demás hombres– y, a la vez, lo comunica con ellos... Es muy difícil pensar en un rostro humano separado de alguien a quien pertenece. En mi opinión, la imagen no es un signo más en el proceso comunicativo humano, la imagen del hombre es una encarnación, una plasmación, de los rasgos esenciales de la personalidad –su individualidad y su capacidad comunicativa en primer término– y, en consecuencia, la imagen participa de la dignidad personal propia del ser humano. Aquí radica fundamentalmente el carácter valioso de la imagen, y de aquí, también, se deriva la exigencia de su adecuada protección..."(78).

Azurmendi señala que "la imagen en su *dimensión personal* se caracteriza por la referencia inmediata a la persona individualizada; en su *dimensión relacional,* por estar necesariamente integrada en un proceso de comunicación"(79).

El artículo 15 del Código es el que regula el derecho a la imagen. Fernández Sessarego, su ponente reconoce como antecedentes legislativos del mismo la Ley de Derechos de Autor alemana de 9 de enero de 1907, el artículo 1630 del anteproyecto de Código Civil francés, la Ley italiana de Derechos de Autor de 22 de abril de 1941, el artículo 10 del Código Civil italiano de 1942, el artículo 79 del Código de Portugal y el artículo 16 del Código boliviano. Al texto le resulta, sin embargo, más próximo el del Código portugués.

(78) AZURMENDI, Ana. Op. cit. Págs. 19 y sgtes.
(79) AZURMENDI, Ana. Op. cit. Págs. 30 y 31.

El primer párrafo del artículo 15 dispone que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas, sin autorización expresa de ella o de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, exclusivamente y en ese orden. Incluye a la voz porque es también –aunque sin la fácil posibilidad de identificación de la persona mediante la imagen– un elemento que la individualiza. La expresión "*no pueden ser aprovechadas*" debe entenderse en el sentido de empleadas, usadas, a través de un medio o instrumento de comunicación. Mejor dicho que no se puede divulgar fotos, películas ni la voz de una persona sin su consentimiento, o, en caso de haber muerto este, de los parientes antes indicados. La norma no establece para fijar esa prohibición –como lo hacen equivocadamente otras legislaciones– condiciones tales como que con la difusión de la imagen o la voz se cause perjuicio a su titular o se agravie su reputación u honor. Simplemente, y creo que en forma acertada, se prohíbe el empleo de la imagen y la voz de las personas sin su consentimiento, bajo el principio entendido que el uso y la imagen de una persona es, en el fondo, el uso de esta misma.

En el segundo párrafo del artículo 15 se establece excepciones a la exigencia de obtener el asentimiento. Esto se da por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeña, por el hecho de estar presente en hechos de importancia o interés público o por su participación en actos de índole científica, didáctica o cultural. Este texto carece de claridad, pues parece que solo se exigiera esta condición para la cuarta de las señaladas excepciones; se indica, además, que la imagen y la voz obtenidas en estos casos excepcionales, deberán haberse tomado en hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Creemos que debe interpretarse así, extensivamente, esta condición, comprendiendo las cuatro excepciones. Por último, el artículo 15 indica que no rigen dichas excepciones, cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde.

14. Derecho al secreto de los documentos privados

Según el Diccionario de la Real Academia, secreto es: "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto"[80]. Seguramente no hay persona en el mundo, desde el comienzo de la historia, que no haya tenido el deseo, el afán y la necesidad, de guardar cuidadosamente, de modo reservado y oculto, distintos aspectos de su vida, diversos asuntos de los que fue protagonista, partícipe u observador. Aspectos y asuntos que, en muchos casos, de ser conocidos o divulgados, podrían determinar de modo indeseable o lastimar la existencia, aspiraciones o expectativas de esas personas. Así, el secreto sobre los documentos privados se ha convertido en un bien jurídico, digno de protección legal; en diversos temas y formas los países del mundo han venido dando normas para proteger los secretos de las personas. En el otro extremo de esto hay quienes han descubierto que el conocimiento de los secretos, el acceso a la información que contienen, da poder que permite someter a los titulares de secretos. De esto es que ha nacido precisamente el requerimiento de cautelar los secretos de las personas.

El secreto, como bien jurídico digno de protección, al pertenecer a la vida íntima resulta protegido por la disposiciones que tutelan el derecho a la intimidad. Cuando se encuentra contenido en documentos adquiere necesidad autónoma de protección. Por eso es que en el Código Civil, el artículo 14 está destinado a proteger el derecho a la intimidad. El artículo 16 tiene el fin de proteger, de modo autónomo, el derecho sobre los documentos privados.

El artículo 16 del Código Civil es insuficiente en su propósito tutelar. Se limita a prohibir la interceptación y la divulga-

(80) Diccionario de la Real Academia Española. 19ª edición. Madrid, 1970. Pág. 1186.

ción de las cartas, comunicaciones de cualquier género y las grabaciones, que tengan carácter confidencial o que se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar. Prohíbe, asimismo, la publicación de las memorias personales o familiares que tengan esas mismas características. Sin embargo, omite especificar también la protección frente a actos violatorios, que no son los de interceptación y divulgación, por ejemplo el de intrusión. Y omite, también, protección a secretos que, teniendo esta calidad, no están previstos necesariamente del sello de confidenciales ni se refieren a la intimidad de la vida personal y familiar; por ejemplo los que se encuentran incorporados en el disco duro de una computadora o los documentos contables y no contables de un estudio u oficina profesional. Felizmente las disposiciones del artículo 2, inc. 10, de la Constitución, a las que se deberá integrar el precitado artículo 16, permiten superar esas deficiencias, al disponer que la persona tiene derecho "al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados". Luego dice que "las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva un examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal". Añade "Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tienen no pueden incluir sustracción o incautación, salvo por orden judicial".

El párrafo segundo del artículo 16 señala que "Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

El párrafo tercero dispone que "La prohibición de la publicación póstuma hecho por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte".

15. La tutela de los derechos de la persona

Fernández Sessarego, ponente del Libro I del Código Civil, indica que la inclusión del artículo 17 obedecía al propósito de asegurar que los jueces otorguen satisfactoria protección a los derechos de la persona. Explica que, con ese fin, la propuesta hecha por él les dotaba del instrumento que –sin problemas de interpretación, debido a su claridad– les permitiera "hacer cesar, sancionar y aun prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona"[81]. Se trata de una norma que, redundando en la protección genérica contra daño que otorgan las disposiciones sobre responsabilidad contractual y extracontractual, se instituye como regulación especial y específica en tutela de los derechos de la persona. Encuentra, sin duda, esto, expresión y justificación razonables, en el hecho de que en la propia doctrina, y más aún en la jurisprudencia, se advierten dudas y vacilaciones acerca de la protección esencial y preferente que deben recibir los derechos de la persona (porque precisamente se trata de afectación a la misma persona) y desconcierto, desorientación aún mayor, cuando se trata de la reparación de daños de carácter extrapatrimonial.

Manifiesta Fernández Sessarego que su propuesta estaba destinada no solo a conseguir "la cesación de los actos lesivos" de los derechos de la persona, que es lo que establece el artículo 17, sino que incluía la posibilidad de uso de la acción inhibito-

(81) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. Pág. 66.

ria, que permite "anticiparse a la consumación de un daño inminente". Refiere, además, que su propuesta, a diferencia de las disposiciones contenidas en el artículo 17, le permiten al juez hacer clara distinción entre los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la violación de un derecho de la persona y, dentro de ellos, diferenciar también con nitidez los casos de daño emergente y de lucro cesante, por un lado, y por otro el daño moral –que él define como el "dolor de afección, sentimiento o pena derivado del acto dañino–, del daño a la persona en el que, dice, "el bien afectado es el proyecto vital de la persona, su futuro, su destino, su vida de relación, el libre desenvolvimiento de su personalidad"[82].

Lo cierto es que el artículo 17, cuya inclusión en mejores términos era ciertamente necesaria –por las razones que hemos indicado antes– y cuyo texto es casi transcripción literal del artículo 23 del Código boliviano, contiene efectivamente los gruesos defectos y vacíos que acusa Fernández Sessarego los que, manifiesta, son "de entera responsabilidad de la Comisión Revisora a cuya iniciativa se debe su redacción tal como aparece en el Código"[83].

Afortunadamente las constituciones de 1979 y de 1993 incluyeron disposiciones (artículos 295 y 200, respectivamente) que permiten el empleo de la acción inhibitoria en el caso de potencial amenaza contra los derechos de la persona. Asimismo, la inclusión en el artículo 1985, por obra de Fernández Sessarego, de un texto que obliga a los jueces a distinguir el daño a la persona del daño moral y aplicar con claridad los preceptos sobre estos, salva las deficiencias anotadas, aunque no como sería deseable.

(82) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. Pág. 72.
(83) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. Pág. 66.

Finalmente, es necesario hacer notar la manifiesta deficiencia del segundo párrafo del artículo 17 que determina, simple y escuetamente, que "La responsabilidad es solidaria". Sabido es que solo puede establecerse tal prescripción (que la responsabilidad es solidaria) cuando en la comisión del acto causante de un daño participan dos o más agentes. Incluirla, por tanto, sin hacer esta necesaria advertencia es inducir a una lectura confusa y equívoca.

16. Los derechos de autor o inventor

Carece de justificación y sentido la incorporación en el Código del artículo 18, que determina que "Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia". Más evidente aún es la errónea inclusión de esa norma entre los derechos de la persona, pues los derechos de autor e inventor no tienen esa calidad.

No debió insertarse esa norma en razón de que los derechos de autor y de inventor no son derechos civiles, mejor dicho comunes a todos los seres humanos, y por tanto no se hallan bajo regulación específica del Código Civil. Son derechos ubicados en los ámbitos especiales de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial y, consiguientemente, se encuentran normados, respectivamente, por los Decretos Legislativos N°s. 822 y 823.

CAPÍTULO VI

NOMBRE

CAPÍTULO VI

Nombre

1. Naturaleza jurídica del nombre

Desde el punto de vista gramatical el nombre es un conjunto de vocablos que sirven para referirse a alguien, para hacer mención de él o para llamarlo. Desde el punto de vista jurídico es un elemento que permite individualizar a una persona, identificarla y evitar que sea confundida con otra u otras. Sirve, en consecuencia, para procurar la debida atribución de derechos y obligaciones de las personas.

En la actualidad, en nuestro medio, el nombre está compuesto del prenombre o nombre de pila y los apellidos. El prenombre o nombre de pila (que pueden ser más de uno; generalmente lo son) son elegidos libremente por quien inscribe a la persona, generalmente sus padres. Los apellidos, en cambio, deben ser los que dispone la ley y denotan vinculación familiar, salvo en el caso del artículo 23 del Código.

2. Evolución del nombre en la Historia

En la antigüedad, posiblemente porque las exigencias de individualización y las posibilidades de confusión no eran tantas como las que surgieron con posterioridad, no se usaba apellidos. Así, en la vieja historia del pueblo hebreo encontramos que las personas solo llevan prenombre (Abraham, Moisés, Isaac, José, Jacob, David, Sara, María). Cuando desean introducir un elemento que haga más precisa la identificación y evite confusiones, añaden una referencia a su origen o lugar de vida (María Magdalena, Simón Cireneo, José de Arimatea) o a su relación familiar (Azarias hijo de Sadoc; Bana hijo de Ahilud; Ahinadab hijo de Addo). Lo mismo sucede en Grecia respecto al uso solo del prenombre (Solón, Licurgo, Pericles, Aristóteles, Platón) y a la adición, cuando resulta necesaria, de referencias a los lugares de nacimiento o vida (Tales de Mileto, Anaximandro Milesios, Heráclitos Efesios).

En Roma, donde la población es considerablemente mayor a la de los antiguos pueblos y donde, por ello, se hace necesario el uso de elementos adicionales identificatorios, se da nacimiento, por lo menos en lo que respecta al mundo occidental, al empleo de los apellidos. Se puede advertir que a la caída de Roma, hay romanos, de condición noble, muy distinguida, pero muy pocos, que usan el *agnomen* además del pre nombre (*prenomen*), del *nomen* y del *cognomen*.

El *prenombre* es el elemento personal individualizador que, generalmente, cumple función de conjuro invocatorio, de llamado a virtudes o fuerzas que se quiere atraer a favor de la persona que lo lleva; nace o aparece con propósito mágico, simbólico. Y este destino inicial del prenombre parece cumplirse en todas las civilizaciones y culturas. Así, el prenombre Lucio, llama a la luz, al fulgor, a la luminosidad que se espera acompañe

a quien lo lleva; al ponerle Servio a alguien se, espera que su titular sea solícito, servidor, servicial; Fortunata, convoca la presencia de la felicidad; Fidelio, espera la existencia de una persona confiable. En el pueblo hebreo Adán significa tierra; Eva, vida; Abraham, padre del pueblo; Baruch, bendito.

En Roma, el *nomen* es el elemento que acredita pertenencia a una *gens*. La *gens* era el conjunto de ramas familiares que tenía un antepasado común. Son *nomens,* por ejemplo, Cornelio, Claudio, Valerio, Emilio, Fabio.

El *cognomen,* en cambio, designa, se refiere a la familia a la que pertenece la persona. Son *cognomens* familiares Escipión, Léntilo, Mérula, Pulcher, Marcelo, Levino, Massala, Paulo.

El *agnomen* es una designación personal de fuente honorífica, que el pueblo, el Senado o el Emperador acuerdan otorgar a ciudadanos que se han distinguido por un hecho notable, generalmente de armas, que recuerda la gloria del suceso. Son *agnomens* Británico, Druso, Germánico, Hispánico.

Una persona que lleva los cuatro elementos denominativos podrá llamarse, por ejemplo, Lucio (prenombre), Marcelo (nombre), Claudio (cognomen) Germánico (agnomen).

En los inicios de Roma las mujeres, al igual que los esclavos, solo llevaban prenombre. Más tarde añadirían el gentilicio de sus padres.

La invasión bárbara al imperio romano y la caída de Roma en el siglo V arrasan intencionalmente con un sinnúmero de elementos culturales, de costumbres, entre ellos los que regían el uso de los nombres y los apellidos. Se regresa al exclusivo empleo de los prenombres. Pero como subsiste la necesidad de una mejor individualización se comienza, luego de un tiempo, a aña-

dir, a modo de adjetivación, diversos vocablos que se refiere a las ciudades o defectos de sus titulares, al lugar de donde proceden o donde viven, a sus oficios, a sus aptitudes o aficiones, o a su relación patronímica. Así, encontramos menciones de Pipino el Breve, Carlos el Malo, Pedro el Cruel, Carlos el Calvo, Guillermo el Conquistador, Juan Zapatero, Miguel Herrador, José del Cerro, Hernando Verdugo, Francisco del Valle, Alonso Hernández (hijo de Hernando) o Tomás González (hijo de Gonzalo).

En cuanto a los prenombres, en el siglo VI el Papa Gregorio el Grande dicta una disposición ordenando a los católicos poner a sus hijos los nombres del santoral católico. Esta disposición será cumplida posteriormente en Perú, sobre todo en el interior, con rigurosa y casi sagrada escrupulosidad.

Al producirse la conquista de América, los españoles que llegan a Perú lo hacen ya usando nombres y apellidos, como los que ahora usamos. El primer documento literario castellano en el que aparecen nombres y apellidos, a usanza semejante a la nuestra, es el poema del *Mio Cid,* escrito entre los siglos XII y XIII, en el que se relatan las hazañas de Ruy Díaz de Vivar, en su lucha contra los moros, así como las andanzas, en los mismos afanes, de sus compañeros Alvar Fáñez, Martín Antolínez, Pero Bermúdez, Muño Gustioz, Alvar Salvadórez, Alvar Alvaroz, Gaín Garcíaz, Félez Muñoz, Diego González, Gonzalo Ansúrez y de su enemigo Garci Ordoñez, así como la intervención de Ramón Berenguer.

Hasta el siglo XVI no existen regulaciones que impidan que las personas, a su discreción, puedan adoptar el nombre que les parezca o cambiarlo. Es el Edicto de Amboise, dado en ese siglo por Enrique II de Francia, el que fija las primeras normas, que serán perfeccionadas en el siglo XVIII por la Revolución, y con mayor precisión en el siglo XIX.

3. Reglas peruanas sobre el nombre

El Código de 1852 no contiene disposición alguna sobre el nombre. El de 1936 establece, entre los artículos 13 y 18, del Libro de Personas, normas destinadas a proteger el derecho sobre el nombre; algunas otras sobre el nombre aparecen en el Libro de Familia.

El Código de 1984 ordena de manera bastante exhaustiva lo concerniente al nombre, entre los artículos 19 y 32. El artículo 19 señala, apropiadamente, que no solo hay derecho sino deber de llevar un nombre. El artículo 20 indica que "Al hijo matrimonial le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre". No precisa, sin embargo, respecto al orden en que deben registrarse. De la lectura del texto parece ser que debiera primero ir el del padre y luego el de la madre. Es más la costumbre la que ha impuesto esto, pero nada impide que, por cualquier razón o sin dar ninguna, los padres soliciten, al registrador que sea en orden inverso, no existiendo razón legal para que el registrador lo niegue.

El artículo 21 determina que "Al hijo extramatrimonial le corresponde los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos". Tampoco se indica el orden en que deben ir estos.

En cuanto a los adoptados el artículo 22 establece que deben llevar los apellidos del adoptante o adoptantes. Esto modifica la absurda norma del artículo 334 del código de 1936, según la cual los adoptados debían llevar los apellidos de los adoptantes añadido al de sus padres, por lo que podían darse casos de adoptados que tuvieran cuatro apellidos, lo cual delataba inconvenientemente su condición.

El artículo 23 indica que "El recién nacido cuyos progenito-

res son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil". Perfecciona esta norma el artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, aprobado por Decreto Supremo Nº 015-98-PCM, de 23 de abril de 1998, que determina que "Para dar cumplimiento a esta disposición el Registrador deberá consultar a la institución nacional encargada de velar por los derechos de los menores o, en defecto de esta, a la autoridad educativa o religiosa de la localidad".

Ese mismo reglamento incluyó un artículo, el 33, destinado a impedir que por uso excesivo de prenombres –al que muchos padres son proclives, al registrar a sus hijos– o por uso de nombres inconvenientes, sufran los menores incomodidades a lo largo de su vida. Decía esa norma "La persona no podrá tener más de dos prenombres. No podrá ponerse prenombres, que por sí mismos o en combinación con los apellidos, resultan extravagantes, ridículos, irreverentes, contrarios a la dignidad o al honor de la persona, así como al orden público o las buenas costumbres, que expresen o signifiquen tendencias ideológicas, políticas o filosóficas, que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se pretende poner, o apellidos como prenombres. El registrador es la persona autorizada para denegar las suscripciones que se soliciten en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior de este artículo". Lamentablemente, esta disposición fue derogada, de modo precipitado e irracional, como consecuencia de una campaña sensiblera de los medios de comunicación que agitaron el tema como atentatorio del derecho a la libertad de los padres para poner los nombres que quieran a sus hijos y como que se estaba asignando al Registrador el papel o el derecho de los padres. Como consecuencia de dicha derogación pueden ahora, los padres, seguir poniendo a sus hijos nombres muchas veces ridículos y humillantes, sin que nada impida que con ello afecten la dignidad de sus hijos. No se con-

sideró además, que el papel calificador que este artículo otorgaba al Registrador le es concedido por las normas registrales de muchos países europeos –normas destinadas a preservar precisamente la dignidad de los indefensos infantes registrados– y que la decisión denegatoria del registrador podía ser materia de apelación y revisión en instancias superiores y, eventualmente, incluso de acción contencioso administrativa.

4. Prueba del nombre

El artículo 25 del código prescribe que "La prueba del nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros del estado civil". Acerca de dicha norma señala Fernández Sessarego que representa una novedad en relación con el Código Civil de 1936[84]. En efecto, así lo es y la bondad de tal prescripción innovatoria resulta evidente en la medida en que debía ser interpretada en concordancia con el absurdamente derogado artículo 75 del código que establecía que "La persona afectada por la destrucción o pérdida de la partida de inscripción puede probar los actos inscribibles por los medios que permite la ley, siempre que se acredite su inexistencia en el registro respectivo". De tal concordancia se concluía que la prueba principal del nombre consistía en la partida de inscripción del mismo y que, en caso –no imposible ni improbable– de la pérdida o destrucción de las partidas, podía probarse dicho nombre usando los medios probatorios que la ley admite (documentos, declaraciones, peritajes, etc.). El mencionado artículo 75 fue derogado, sin razón ni sentido, por la Ley Nº 26497, eliminando así la regulación explícita que obligaba a aceptar tales pruebas, dejando librada la cuestión al criterio judicial, muchas veces arbitraria e irracional.

(84) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. Pág. 84.

5. Normas de protección del nombre

El código incluye normas destinadas a cautelar el derecho que se tiene sobre el nombre. Dichas normas protegen de la contestación y de la usurpación (contra las que habían ya previsiones en el Código de 1936, en los artículos 13 y 14, respectivamente) así como de la probable concertación de convenio para el uso del nombre (asunto que no estaba tratado en dicho código).

El artículo 26 determina que "toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.

Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda". El dispositivo se pone en el caso de que, voluntaria o involuntariamente se le designe a una persona por un nombre que no es el suyo, lo cual además de acarrearle mortificación y hasta dificultades –que podrían comportar daño extrapatrimonial– le causen daños patrimoniales. Ante ese hecho la ley le otorga al afectado el derecho de exigir, se entiende que judicial o extrajudicialmente, se ponga fin a la confusión, mejor dicho se corrija la defectuosa designación, así como el de pedir indemnización por el daño que se le hubiera causado.

El artículo 27 indica que "Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley". Aun cuando la redacción es oscura, la lectura de la exposición de motivos permite establecer que el propósito principal de la norma es declarar la ineficacia de todo convenio por el cual una persona conceda a otro el uso del nombre del concedente. De tal prohibición, sin embargo, se exceptúan los siguientes casos:

1) El convenio por el cual se permite el uso o, mejor, la

mención del nombre de una persona para fines publicitarios. Como cuando se dice que tal o cual persona, famosa o conocida, consume tal o cual producto.

2) El convenio por el cual se autoriza el uso del nombre de una persona para atender fines de interés social. Como cuando se indica que mengano o perencejo, conocidos o famosos, recomiendan a los jóvenes el [redacted] uso de alcohol o drogas. O como cuando se pone el nombre de una persona, el fundador o fundadora, como denominación de una fundación que, como se sabe, siempre debe nacer para servir un fin de interés social.

3) Los convenios que establecen la ley. Tal es, por ejemplo, el que debe suscribirse poniendo el nombre de todos los socios o de algunos de ellos al constituir la sociedad colectiva, la misma que, de conformidad con el artículo 265 de la Ley General de Sociedades debe llevar esa denominación (la del nombre de los socios) seguida de la expresión *sociedad colectiva* o de la siglas *S.C.* Lo mismo acontece, según lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley General de Sociedades, en el caso de las sociedades en comandita en las que al nombre de los socios debe añadirse esa denominación o las siglas S. en C. También es obligatorio poner el nombre de una persona –ilustre, destacada– a los institutos educativos.

El artículo 28 protege el derecho al nombre contra la usurpación, disponiendo que "Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda". Este texto es, sin duda, defectuoso y debe mejorar, pues a tenor literal solo es posible reclamar contra la usurpación, mejor dicho contra el uso por otro del nombre de

uno, cuando hay perjuicio, debiendo la impugnación prosperar aunque no haya este, por el solo hecho de la ilicitud del acto.

6. Cambio de nombre

Las disposiciones del código sobre cambio de nombre guardan conformidad con los principios universales de la doctrina, que establece la inmutabilidad, en principio, de los nombres, dejando a los jueces la facultad de ordenar dicho cambio en casos atendibles, excepcionales. Así el artículo 29 indica que "Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita". La ley peruana no define –como lo hacen las leyes de otros países– a qué puede llamarse motivos justificados. Queda así el asunto, en la peligrosa esfera de la discrecionalidad de los jueces. Un juez enterado y responsable tendrá que recurrir en consulta a la doctrina internacional existente, para descubrir que en ella se reconoce como motivos más comúnmente atendibles aquellos referentes, por ejemplo, a los casos de homonimia intolerable; a la inscripción de prenombres ridículos, vulgares, irreverentes o grotescos; a la dificultad de pronunciación de cualquiera de los vocablos componentes del nombre; a la asignación de un nombre que impida una inequívoca identificación de la persona en cuanto al sexo de esta; al uso de excesivos prenombres, que causa dificultades y confusiones; a errores cometidos en el acto de la inscripción. En cuanto a la exigencia de dicho artículo de que el cambio proceda por "autorización judicial, debidamente publicada e inscrita" cabe hacer referencia a los artículos 826 y siguientes del Código Procesal Civil que contienen las normas que regulan las rectificaciones de partidas, que incluye la de nombres, en las que tanto la solicitud como la sentencia deberá publicarse mediante edictos, en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación. Admi-

tida la solicitud debe efectuarse una audiencia de actuación y declaración, trámite que no es de cumplimiento en el caso de que las rectificaciones se efectúen para subsanar los errores en que se hubiesen incurrido al incluir indebidamente en la inscripción la palabra "de" o se hubiera caído en confusiones respecto del empleo de las letras "y", "i", "e" o "a" u otros errores manifiestos de ortografía, sexo o similares que fueran del propio documento.

- La Ley N° 26662, que establece la competencia notarial en asuntos no contenciosos y que, modificando el precitado artículo 28 del código dispone que ciertas rectificaciones podrán hacerse ante Notario, determina (artículo 15) que "Las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellido, fecha de nacimiento... u otros que documentos probatorios se tramitarán ante Notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente".

Hay una cuestión importante que debemos mencionar. Es la referente al reconocimiento de paternidad que el padre puede efectuar por acta, ante el registrador, mediante declaración posterior al momento de la inscripción y reconocimiento por la madre, según lo dispuesto por el artículo 36 del Reglamento de inscripciones de RENIEC. Resulta que muchas oficinas del RENIEC, a pesar de que tal declaración implica evidentemente la legítima inclusión del apellido paterno del titular en su partida, exigen indebidamente que se siga de modo adicional un trámite judicial de rectificación de partida, originando con ello molestias y gastos innecesarios.

El segundo párrafo del artículo 29 del código establece que "El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad". Se refiere sin duda al

cambio del apellido del esposo y/o padre, que debe también originar los respectivos cambios de apellidos en los documentos de la cónyuge y de los hijos menores, bastando para ello únicamente la solicitud y el trámite administrativo. Pone cuidado la norma en referirse a "los hijos menores", dejando la posibilidad del cambio de apellido de los hijos mayores a la decisión discrecional de estos, pues se supone que a su edad y en su condición independiente, podrían haber obtenido ya tal grado de identificación con su apellido, que decidan no efectuar ninguna modificación.

El artículo 30 dispone que "El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación". Se trata de una norma que transcribe textualmente el artículo 17 del Código de 1936. Pertinente resulta, por ello, recordar el comentario que sobre este hace León Barandiarán:(85) "Es evidente que el cambio en el nombre no modifica el *status* del sujeto en cuanto a sus relaciones de filiación, matrimoniales y en general propias de dicho estatus".

Albadalejo define el *status* o *estado civil,* con especial claridad diciendo que: "La expresión *estado civil* tiene dos sentidos: En el primero se llaman *estados civiles* a ciertas *situaciones* de Derecho, de especial carácter, permanencia y relevancia, en las que puede encontrarse la persona: así, la de casado o de soltero, la de mayor o menor de edad, etc. El *estado* en cada uno de ellos imprime a la persona una cualidad o condición que también se denomina –en el segundo sentido– *estado.* Así, quien está ligado en matrimonio (situación o *estado* matrimonial) tiene la cualidad o *estado* de casado; quien es de nacionalidad española (situación o *estado* de miembro de la comunidad española) tiene la

(85) LEÓN BARANDIARÁN, José. Op. cit. Pág. 244.

cualidad o *estado* de español; quien ha cumplido dieciocho años (situación o *estado* de mayoría) tiene la cualidad o *estado* de mayor de edad. En materia de estados, el Derecho contempla a la persona con diversos criterios; y necesariamente esta se encuentra clasificada con arreglo a ellos, y en distintas categorías o situaciones. Así se es forzosamente, y a un mismo tiempo: o casado o soltero; o español o extranjero (nacional de otro país o apátrida); mayor o menor de edad, etc. Un *estado,* pues, no excluye a todos los demás sino solo al estado contrario (ser casado no excluye ser mayor de edad o ser español, sino solo ser soltero)". Luego dice: "Son estados civiles para nuestro Derecho, los siguientes:

1) El matrimonio o estado de casado y el de soltería (viudez o divorciado).

2) El de filiación o condición de hijo o padre, en sus diferentes clases.

3) El de nacionalidad o condición de español o extranjero.

4) El de vecindad civil o condición de castellano, catalán, aragonés, etc., según esté sometido al Derecho común o a uno de los forales.

5) El de dependencia o independencia de la persona, según sea mayor o menor de edad.

6) El de dependencia o independencia de la persona, según esté o no incapacitada"[86].

De lo dicho, resulta entonces que "el cambio o adición del nombre" no altera la condición de una persona, de casada o sol-

(86) ALBADALEJO, Manuel. "Curso de Derecho Civil español". Librería Bosch. Barcelona, 1983. Págs. 144 y 145.

tera, de padre o madre, hijo o hija, peruano o extranjero, de vecina de Lima o de cualquier otro lugar, de incapaz por cualquiera de las razones que establece la ley. Tampoco puede "tal cambio o adición del nombre" constituir *prueba de filiación;* pues esta solo puede provenir de hechos biológicos o medios testimoniales o instrumentales que acrediten dicha filiación.

Fernández Sessarego se refiere a otra *situación de derecho* conformante del estatus o estado civil, cual es el sexo, para señalar que "Entre los motivos justificados para el cambio de nombre no cabe alegar el pertenecer al sexo opuesto, sea por inclinaciones psicológicas o por haber sufrido intervención quirúrgica destinada a la modificación de los caracteres sexuales, a fin de adecuarlo, en la medida de lo posible, a los del sexo contrario..."[87]. Coincidimos con él en cuanto pensamos que el sexo, en términos cromosómicos, que son los determinantes, no puede cambiarse a través de un cambio de nombre y ni siquiera mediante modificaciones de los órganos genitales. Sin embargo debemos señalar que existen ejecutorias que autorizan dichos cambios. Espinoza Espinoza menciona la resolución de 7 de julio de 1974 que ampara un pedido en tal sentido[88].

7. Acción de oposición al cambio de nombre

El artículo 31 del código concede acción impugnativa a quien se siente perjudicado por un pretendido o consumado cambio de nombre. Lo hace en los siguientes términos: "La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente". Al respecto Pliner indica que "Frecuentemente

(87) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit. Pág. 91.

(88) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas". Editorial Huallaga. Lima, 2001. Pág. 191.

la demanda de modificación de nombre tiene como motivación atendible la existencia de un homónimo, y no puede admitirse que para evitar los inconvenientes de una identidad de denominaciones recaiga en la provocación de otra"[89]. Pero la norma que acotamos no se limita a posibilitar el uso de la acción impugnatoria en caso de homonimia sino en cualquier otro que evidencie un perjuicio por el cambio de nombre.

La acción, como indicamos antes, puede plantearse con anterioridad a la expedición de la resolución que autorice el cambio de nombre o una vez expedida esta. Para tal fin es que la norma procesal respectiva (artículo 828 de CPC) dispone que debe publicarse en el diario oficial y en uno de los de mayor circulación tanto la solicitud del cambio de nombre como la sentencia que lo autorice. Dicha acción debe tramitarse como proceso abreviado, conforme a lo dispuesto en la cuarta disposición final, inc. 1, del Código Procesal Civil.

8. Seudónimo

El artículo 32 del código, inspirado –como lo indica Fernández Sessarego– en las disposiciones de los códigos italianos, portugués y boliviano, introduce en nuestra legislación normas de protección al seudónimo. Dispone así: "El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a este".

El seudónimo, como se sabe, es el nombre que escoge una persona, en vez del suyo inscrito y verdadero, para actuar y desempeñarse en la vida literaria o artística, suponiendo que con él ha de ser más atractiva su presentación e identificación en lo

(89) PLINER, Adolfo. "El nombre de las personas". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989. Pág. 384.

que constituye una de las facetas más significativa de su existencia. Numerosos son los casos de personas que en el mundo y en Perú han obtenido reconocimiento a través de sus seudónimos, ignorándose generalmente, incluso, sus verdaderos nombres. En la literatura, por ejemplo, son dignos de recordar los casos de Pablo Neruda (cuyo verdadero nombre era Neftalí Ricardo Reyes), Gabriela Mistral (Lucila Godoy), Rubén Darío (Félix Rubén García), Amado Nervo (Juan Crisóstomo Ruiz), Azorín (José Martínez Ruiz), George Sand (Aurorá Dupin), Juan de Arona (Pedro Paz Soldán y Unanue), Martín Adán (Rafael de la Fuente Benavides), Sofocleto (Luis Felipe Angell). Encontramos también casos de pintores, artistas de cine y hasta deportistas.

La disposición tutelar del artículo 32 implica que la persona que hubiera obtenido nombradía mediante un seudónimo podrá acogerse a las normas protectoras de los artículos 26, 27 y 28 del código. Mejor dicho, en caso de que se le llame o mencione por seudónimo que no sea el suyo, tendrá derecho a exigir que lo sea por su seudónimo, pudiendo exigir que cese el uso indebido del inexacto seudónimo y pedir, además, el pago de una indemnización si se le hubiera inferido daño. No podrá celebrar convenio válido permitiendo el uso por otra persona de su seudónimo, salvo para fines publicitarios, de interés social u otros establecidos por la ley. En caso de que otra persona use su seudónimo, mejor dicho lo usurpe, tendrá acción para conseguir que cese tal uso indebido, pudiendo también reclamar el pago de indemnización si fuese el caso.

CAPÍTULO VII

DOMICILIO

CAPÍTULO VII

Domicilio

1. Domicilio general

Así como la persona requiere, imprescindiblemente, un nombre para actuar en la vida jurídica, a fin de obtener la atribución correspondiente y debida de sus derechos y deberes, necesita también, de modo indispensable, tener una sede jurídica, un lugar físico, donde buscarla para emplazarla al cumplimiento de sus obligaciones y para notificarle acerca de sus derechos. Tal sede jurídica, lugar físico, es el domicilio.

En cuanto al domicilio, el Código de 1936 se sustenta en el criterio subjetivo del "*animus*" romano, estableciendo que "El domicilio se constituye por la residencia en un lugar *con ánimo de permanecer en él*". Y aun cuando dicho código contenía ciertos forzados mecanismos, que nunca funcionaron, para tratar de descubrir y deducir cuál podía ser ese "ánimo", siempre quedaba un terreno de incertidumbres y de dudas indeseables para los efectos de originar certeza. Es por eso acertado el Código de 1984, cuando al sustituir dicho elemento *subjetivo* por el *objetivo,* establece en su artículo 33 que "El domicilio se constituye

por la residencia habitual de la persona en un lugar". Con este precepto no hay necesidad de indagar ni de investigar cuál es el ánimo de la persona respecto del hecho de establecer su domicilio; basta con constatar, verificar en qué lugar reside, vive habitualmente una persona, dónde pernocta generalmente, dónde comparte con los suyos un espacio de vida familiar, dónde tiene sus cosas de uso personal y diario. Este domicilio que la ley, artículo 33 del código, "estima como sede jurídica de la persona y sirve, por tanto, para la generalidad de la relaciones jurídicas"(90) es el *domicilio general.*

2. Domicilio especial

Además del domicilio general constituido, según el precitado artículo 33, por la *residencia habitual* de las personas, estas "pueden también designar domicilio especial para –lo dice el artículo 34 con expresión equívoca y estrecha– la ejecución de actos jurídicos". Y decimos expresión equívoca y estrecha, pues no solo se establece *domicilio especial* para la ejecución de *actos jurídicos,* definidos en el marco limitado de lo dispuesto en el artículo 140 del mismo código, sino para la realización de un sinnúmero de actividades de carácter jurídico, que pueden no ser necesariamente actos jurídicos. Equívoca también la segunda parte del referido artículo 34 que señala que "Esta designación *solo* implica sometimiento a la jurisdicción correspondiente salvo pacto distinto", pues no solo implica sometimiento a dicha jurisdicción, sino que –lo más importante– establece los lugares físicos de conexión jurídica de las personas que fijen domicilio especial. Debería eliminarse la palabra "solo".

(90) LETE DEL RÍO, José María. "Derechos de la persona". Editorial Tecnos. Madrid, 1986. Pág.136.

3. Domicilio plural

El artículo 35, con remarcable acierto y en concordancia con la dinámica de los actuales tiempos, indica que "A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos". Es pues muy frecuente encontrar a personas que en el verano o en el invierno se desplazan a pernoctar por días o temporadas (ya sea por razones de salud como por razones vacacionales) fuera del lugar donde viven el resto del año. También existen muchos casos (militares, viajantes de comercio, etc.) que viven o trabajan alternativamente en dos o más lugares. El artículo 35, saliendo de la rigidez que imponía el anacrónico concepto del domicilio único, ofrece una solución flexible adecuada a los casos que mencionamos y a muchos más, similares.

4. Domicilio conyugal

El Código de 1936, dentro de esa concepción discriminatoria que privilegiaba injusta e indebidamente a los varones, en detrimento de las mujeres, estableció en su artículo 24 que "La mujer casada tiene por domicilio el de su marido". El del 84, supera tan recortante precepto disponiendo en su artículo 36 que "El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno...". A continuación, sin embargo, dice algo carente de sentido y lógica, que demanda una necesaria corrección del código en esta parte: "o, en su defecto, el último que compartieron". Significa esto que si desaparece el consuno de los cónyuges, para los efectos de fijar domicilio común, aunque ya no vivan juntos donde vivían, se les debe seguir considerando domiciliados ahí. Justo es decir que este despropósito no proviene de las propuestas de la Comisión Reformadora sino de la Revisora.

5. Domicilio de los funcionarios públicos

El artículo 38 del código indica que "Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33". Antes de realizar el examen de esta norma es conveniente que aclaremos el concepto de *funcionario público*. Al respecto Bielsa dice que funcionario público es "el que, en virtud de designación especial o legal (ya por decreto ejecutivo, ya por elección), y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir" y a "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social"(91). El mismo Bielsa distingue el concepto de *"funcionario público"* del de *"empleado público"* (que en nuestro país se llama servidor público) expresando que "la diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la *función* supone un cargo especial, una *"delegatio"*, trasmitida en principio por la ley; el *servicio público* solo concurre a formar la función pública. Respecto del *empleado* solo hay una *vinculación interna,* al paso que con el funcionario hay *una relación externa,* que atribuye a este cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerzan"(92).

Se refiere entonces el artículo 38 a quienes por encargo y la representación del Estado constituyen, expresan o ejecutan la voluntad del Estado, representándolo. Sobre ellos dice que "están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33". En la práctica, la norma procura la facilidad de poder notificar, de

(91) BIELSA, Rafael. "Derecho Administrativo". Tomo II. Librería y Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1947. Pág. 55.

(92) BIELSA, Rafael. Op. cit. Pág. 74.

considerarlos domiciliados, a los funcionarios públicos, tanto en el lugar donde ejercen sus funciones como en el de su residencia habitual. Obedece, sin duda, tal facilidad, a la importancia que tiene la función pública para los ciudadanos y a la necesidad que aquellos tienen de acceso a los funcionarios, hechos que motivan que reciban tan beneficioso procedimiento de comunicación.

Hasta ahí la disposición proyectada por la Comisión Reformadora. A continuación, sin embargo, siempre por desafortunada iniciativa de la Comisión Revisora, se añade un párrafo incongruente con la realidad, que dice: "El domicilio **de las personas (se entiende que de los funcionarios)** que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional". No se precisa el grado o extensión de tal temporalidad que, por ejemplo, en el caso de los diplomáticos y de los militares destacados al extranjero, puede ser de varios años, situaciones en las que generalmente estas personas dejaron de vivir en el lugar del país donde residían y, a pesar de ello, la norma obliga que se les siga considerando domiciliadas en él. Se impone la necesidad de corregir esta ilógica prescripción.

6. Cambio de domicilio

Consistente con el artículo 33 del código que, de modo *claro y simple*, establece que "el domicilio (general) se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar", el artículo 39 señala que "El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar".

Para evitar, sin embargo, que tan expeditiva disposición pueda ser usada subrepticiamente por deudores de mala fe, en perjuicio de acreedores inocentes y confiados, el artículo 40 esta-

blece una justa salvaguardia para estos, disponiendo que "El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable".

7. Personas que no tienen residencia habitual

El código se pone en el caso de que hay personas que carecen, por su propia voluntad o por causas ajenas a ellos, de residencia habitual. Errantes, trashumantes, nómadas por impulso de su propia naturaleza y de su propio gusto, que renuncian a establecerse en un lugar, y de cuya existencia siempre ha dado cuenta la historia. A ellos no es posible aplicarles la disposición del artículo 33. Pero como no puede haber personas sin domicilio (tampoco sin nombre) el artículo 41 determina que "A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre".

8. Casos de incidencia importante del domicilio

Hay ciertos casos en los que el código otorga al domicilio papel importante, decisivo. Así, el artículo 49 dispone que "Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia. Es competente el juez *del último domicilio* que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentra la mayor parte de sus bienes...".

El artículo 248 determina que "Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital *del domicilio* de cualquiera de ellos".

El artículo 508 indica que "A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el *lugar del domicilio del menor*".

El artículo 663 prescribe que "Corresponde al juez del lugar *donde el causante tuvo su último domicilio* en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión".

El artículo 1238 señala que "El pago debe efectuarse *en el domicilio del deudor,* salvo estipulación en contrario...", y el artículo 1239 "si el deudor cambia de *domicilio*, habiendo sido designado este como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo *en el primer domicilio o en el nuevo*".

En materia procesal el domicilio constituye también elemento determinante. El artículo 17 del Código Procesal Civil, que fija las reglas generales de competencia, dice que "cuando se demanda a una persona natural, es competente *el juez del lugar de su domicilio,* salvo disposición legal en contrario. Si el demandado *domicilia en varios lugares* puede ser demandado en cualquiera de ellos. Si el demandado *carece de domicilio* o este es desconocido, es competente el juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de este último. Si el demandado *domicilia* en el extranjero, es competente el juez del lugar *del último domicilio* que tuvo en el país".

CAPÍTULO VIII

CAPACIDAD DE DERECHO Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

CAPÍTULO VIII

Capacidad de derecho y capacidad de ejercicio

1. Capacidad e incapacidad de derecho

El Título V de la Sección Primera de Libro de Personas del Código debiera estar destinado a la regulación de la capacidad de derecho y de la capacidad de ejercicio. Empero, por inexplicable error del legislador, se norma lo concerniente a la capacidad de derecho en el artículo 3, ubicado en el Título III, destinado a los derechos de la persona. Se trata de una confusión grave y evidente que contraviene e ignora la advertencia de Messineo cuando dice: "La capacidad jurídica no es, ella misma, un derecho subjetivo, es más bien, el *antecedente lógico de los derechos subjetivos* singulares (con el contenido más diverso); es una *cualidad jurídica*".

No vamos a caer nosotros en el mismo error y, por tanto, estudiaremos en este mismo capítulo lo concerniente tanto a la capacidad de derecho como a la de ejercicio.

La capacidad de derecho, llamada también capacidad jurídica o capacidad de goce, es según Díez-Picazo "la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica, en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad"(93). Sucede, sin embargo que, como indica Messineo, en algunos casos "se da privación de la capacidad de determinados derechos; esto es, la capacidad jurídica opera dentro del ámbito en que el ordenamiento jurídico singular la reconoce; aun siendo general, la capacidad de derecho no es incondicionada. No es que el ordenamiento jurídico pueda privar de la capacidad jurídica *general* al sujeto: tal situación sería incompatible con la civilización moderna, al menos con la civilización que se llama occidental. Pero es ciertamente concebible y admisible que, a propósito de algún derecho, se niegue la capacidad, esto es, se den parciales privaciones de la capacidad jurídica"(94).

Albadalejo se refiere a ello en los siguientes términos: "como para ser titular de ciertas relaciones, se pueden exigir a las personas determinadas aptitudes especiales, se habla, por muchos, de que para ellas se precisa una especial capacidad jurídica, ya que, aun teniendo igual a la general, la especial puede variar de unos a otros"(95).

Spota dice: "La persona tiene *capacidad de derecho* para llegar a ser titular de poderes jurídicos atribuidos por el derecho objetivo a su voluntad y para satisfacer intereses propios y ajenos. De ahí que en todo aquello en que carece de tal aptitud sufre de incapacidad jurídica".

(93) DÍEZ-PICAZO, Luis. "Sistema de Derecho Civil". Volumen I. Tecnos. Madrid, 1982. Pág. 268.
(94) MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971. Pág. 100.
(95) ALBADALEJO, Manuel. Op. cit. Pág. 140.

León Barandiarán señala que "Si la ley no reconoce aptitud jurídica a ciertas personas en ciertos casos, es por motivos especiales. Esto quiere decir que la capacidad jurídica es por disposición genérica y que las incapacidades solo pueden establecerse para ciertos casos especialmente, o sea que toda incapacidad de goce es necesariamente relativa"(96).

En otros términos, podemos decir que la capacidad de derecho es genérica, innata e inherente al ser humano, pero que la ley establece respecto de ciertas personas, privación del ejercicio de ciertos derechos, casos en los cuales nos encontramos frente a situaciones de incapacidad de derecho y no de ejercicio, como erradamente se sostiene por algunos autores y lo demostramos más adelante. No existe, por lo menos en los sistemas jurídicos conocidos contemporáneamente, caso alguno de incapacidad absoluta de derecho, o sea de privación total de derechos; existe solo, repetimos, privación de ciertos o determinados derechos a ciertas o determinadas personas, o sea existen casos de incapacidad relativa de derecho.

León Barandiarán se refiere a varias situaciones de incapacidad de derecho que, correlacionadas con el código actualmente vigente, nos muestran la siguiente casuística:

La del artículo 241, que establece que no pueden contraer matrimonio:

1. Los impúberes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos graves, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce.

2. Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa

(96) LEÓN BARANDIARÁN, José. Op. cit. Pág. 208.

y transmisible por herencia, o de vicio que constituyera peligro para la prole.

3. Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

4. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieran expresar su voluntad de manera indubitable.

5. Los casados.

La del artículo 667 que excluye de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios a:

1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.

2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de la personas a las que se refiere el inciso anterior.

3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.

4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testa-

mento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.

La del artículo 692 que indica que los analfabetos pueden testar solamente en escritura pública, con las formalidades adicionales indicadas en el artículo 697.

La del artículo 693 que establece que los ciegos pueden testar solo por escritura pública, con las formalidades adicionales indicadas en el artículo 697.

La del artículo 694 que dispone que "Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar solo testamento cerrado u ológrafo".

La del artículo 1366 que prohíbe adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:

1. Al Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Senadores y Diputados (congresistas), los Ministros de Estado, funcionarios de la misma jerarquía, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Fiscal de la Nación y los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el Contralor General de la República, el Presidente y Directores del Banco Central de Reserva del Perú y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales.

2. Los Prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción.

3. Los funcionarios y servidores del sector público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención.

4. Los magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en una jurisdicción en donde ejercen o han ejercido sus funciones.

5. Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función.

6. Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis.

7. Los albaceas, los bienes que administran.

8. Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes.

9. Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.

Es también caso que, frecuentemente, se usa como ejemplo de incapacidad de derecho el que constituye materia de la disposición contenida en el artículo 71 de la Constitución, que prohíbe a los extranjeros "adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad dentro de 50 kilómetros de las fronteras, bajo pena de perder, en bene-

ficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley".

2. Capacidad e incapacidad de ejercicio

Messineo define así a la capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar o capacidad de hecho: "Es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, es decir de realizar los actos de la vida civil"(97). Añade luego, proveyendo absoluta claridad a los conceptos, "la capacidad de obrar se diferencia de la capacidad de derechos, porque toma en consideración la persona, no ya en cuanto la misma tenga la pertenencia de los derechos subjetivos en general, sino en cuanto sea apta para gobernarse por sí, en las diversas contingencias de la vida práctica, o sea para ejecutar *por sí* el derecho subjetivo, y presupone por consiguiente, la capacidad jurídica". Spota la define diciendo que "es la aptitud o idoneidad de la persona para ejercer por sí misma derechos o contraer por sí misma deberes jurídicos"(98).

La incapacidad de ejercicio, de hecho o de obrar es la ineptitud, inidoneidad, para ejercer por sí mismo los derechos, situación en la que el incapaz tiene que ejercerlos necesariamente a través de un representante.

Tanto la capacidad de derecho (o jurídica, o de goce) como la de ejercicio (o de hecho, o de obrar) constituyen la regla. Las incapacidades de derecho y de ejercicio son, consiguientemente,

(97) MESSINEO, Francesco. Op. cit. Pág. 109.

(98) SPOTA, Alberto G. "Tratado de Derecho Civil". Tomo I, Parte General. Volumen 3. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1968. Pág. 198.

excepciones de esa regla y deben ser determinadas de tal modo por la ley, en forma expresa. Hemos visto ya algunos casos de incapacidad de derecho. Los de incapacidad de ejercicio se hallan establecidos taxativamente por los artículos 43 y 44 del Código Civil. Antes, el artículo 42 señala que "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44".

A) Absolutamente incapaces

El artículo 43 dispone que son absolutamente incapaces:

a. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley

El Código del 84, al igual que el del 36, considera como absolutamente incapaces a todas las personas menores de 16 años, asumiendo que están desprovistas del suficiente grado de madurez. Añade, sin embargo, una expresión que no se encontraba en el anterior código: "salvo para aquellos actos determinados por la ley". Fernández Sessarego dice que dichos actos son los siguientes: los previstos en el artículo 1358 del código, que indica que "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria"; los del artículo 455 que señala que "El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También pueden ejercer derechos estrictamente personales"; los del artículo 458 que determina que "El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa"; los del artículo 530 que dispone que "El menor que ha cumplido catorce años... puede

recurrir al juez contra los actos del tutor"; los del artículo 557 que dice que "El menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor"; los del artículo 646 que prescribe que "El sujeto a tutela que sea mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo con voz pero sin voto".

El Código de los Niños y Adolescentes considera la realización válida, por los niños (menores de 12 años), de una serie de actos incursos en la salvedad del inc. 1 que estamos comentando. Tal es el caso del derecho a asociarse, previsto en el artículo 13 de ese código, que les permite a los niños adherirse a asociaciones sin fines de lucro y a los adolescentes (cuya edad es la comprendida entre los 12 y 16 años) a constituir dichas personas jurídicas de carácter asociativo. El artículo 22 del mismo código indica que "El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado". El artículo 51 dispone que "Las edades requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: 1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia: a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores individuales, comerciales o mineras... 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo; doce años.

b. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento

El discernimiento es, como con precisión y claridad lo define el Diccionario de la Real Academia Española, el "juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas"[99]. Una persona pue-

(99) Diccionario de la Real Academia Española. 19ª edición. Madrid, 1970. Pág. 483.

de percibir y declarar la diferencia entre varias cosas, incluso entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, lo correcto y lo incorrecto y aun entre otras nociones de mayor abstracción y estar, sin embargo, psíquicamente perturbada, en forma constante, y por esta razón carecer de aptitud para dirigir su persona y sus asuntos. Peor aún es la innovación introducida por el Código del 84, que califica como absolutamente incapaces a "**Los que por cualquier causa** se encuentren privados de discernimiento", pues existen personas que por causa de impreparación, por ignorancia, por incultura, no pueden percibir ni declarar la diferencia que existe entre varias cosas, entre los conceptos antes indicados por ejemplo, y estas, por aplicación textual, literal, inequívoca, del actual inc. 2 del artículo 43 podrían ser declaradas incapaces.

Existe evidentemente en este inciso gruesa imprecisión de conceptos. Como dijimos en líneas anteriores, considerar la presencia o ausencia de "discernimiento", como elemento determinante de incapacidad absoluta, no es acertado. Tampoco lo sería en estos tiempos, referirse solo a "enfermedad mental", que alude únicamente a deficiencias inhabilitantes de carácter intelectual, sin referirse a otras, por ejemplo emocionales (profunda depresión perturbatoria, por ejemplo) que también pueden causar efectos absolutamente incapacitadores. Juzgamos entonces necesario corregir tan equívoco inciso para establecer, por ejemplo, que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa de orden psíquico son totalmente inaptas para dirigir su persona y sus asuntos.

c. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable

Creemos que este inciso, además de excesivamente rígido, no guarda conformidad con la realidad actual del mundo y aún del Perú. Tal rigidez resulta de la ausencia de una salvedad semejante a la de la última parte del inc. 1, que debía ponerse, pues los discapaces a que se refiere si bien pueden tener imposibilidad para expresar su voluntad de manera indubitable para actos complejos, llenos de abstracciones, con seguridad que encuentran la manera de comunicarse para la realización de actos ordinarios de su vida diaria y otros de igual sencillez. Además, existen ahora numerosos centros de educación especial, gratuitos y onerosos, que cumplen el importante cometido de enseñarles a comunicarse a esos discapaces.

B) Relativamente incapaces

El artículo 44 establece que son relativamente incapaces:

a. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad

Al disponer el código que los mayores de 16 y menores de 18 años deben ser considerados relativamente incapaces, asume que estos tienen un nivel de madurez superior al de los menores de 16 años, y les concede la condición de *relativamente* incapaces que los habilita para realizar actos diferentes, mejores o más calificados que los ejecutados por los absolutamente incapaces, como veremos más adelante.

b. Retardados mentales

En los incs. 2 y 3 del artículo 44, el código considera dos categorías distintas de deficiencias psíquicas a aquella referida en el inc. 2 del artículo 43, que trata de "los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento". Estas dos categorías corresponden a situaciones menos severas que la del inc. 2 del artículo 43 mencionado.

El inc. 2 del artículo 44 califica como relativamente incapaces a los retardados mentales. Fernández Sessarego indica que este inciso fue concebido con la colaboración de cuatro médicos especialistas y que debe considerarse dentro de esta hipótesis a aquellas personas que, por cualquier causa, han alcanzado un desarrollo intelectual deficitario en relación con su edad. "Es decir –expresa– cuando la capacidad intelectual de la persona se ha detenido y no ha evolucionado en consonancia con su edad".

c. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad

Este inciso redactado también, según Fernández Sessarego, con la asesoría de los cuatro médicos antes mencionados, declara relativamente incapaces a quienes tuvieron alguna vez condición mental normal y han sufrido deterioro, menoscabo de la misma, al punto que les imposibilita expresar su libre voluntad; se entiende que son dependientes, se encuentran sometidos a voluntad ajena. Es aplicable ciertamente solo a situaciones de "deterioro mental" que puede darse por diversos motivos o razones, tales como el paso devastador de los años, traumatismos severos, envenenamiento o intoxicación anulantes.

d. Los pródigos

La prodigalidad, que es considerada como el dispendio irracional del propio patrimonio, entra a la legislación peruana como causal de incapacitación relativa por obra del Código del 84, después de haber sido desestimada como tal en los debates que dieron lugar al Código de 1936. Tal inclusión resulta, como lo asevera Rubio Correa, muy discutible, por varias razones.

En primer lugar, cabe señalar que los motivos o criterios que permiten juzgar o calificar una determinada conducta como dispendiosa o dilapidadora serán siempre relativos y controvertidos y difícilmente podrán tener aceptación general o universal, por ende la decisión que se adopte acerca de ellos tendrá siempre la posibilidad de ser arbitraria. En segundo lugar, según el artículo 584 del código "Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible". Los artículos 723 y siguientes del código determinan, a su vez, que el concepto de porción disponible corresponde hasta al tercio de los bienes cuando se tiene hijos u otros descendientes o cónyuge; hasta la mitad de los bienes, cuando se tienen padres u otros ascendientes; y a la totalidad de los bienes cuando no se tiene cónyuge ni los parientes antes referidos. Resulta entonces que la declaración de incapacidad relativa por prodigalidad está exclusivamente fundada en la protección de las expectativas e intereses dinerarios de los herederos forzosos –sin tener en cuenta si son o no estas personas provistas de medios económicos– y sin considerar para nada que el supuesto dispendio o dilapidación pueda afectar al propio pródigo. En tercer lugar, la mayoría de los pocos casos que hasta el momento se han dado de solicitudes de interdicción por prodigalidad

han descubierto situaciones de herederos inescrupulosos, codiciosamente interesados en conseguir la declaración de incapacidad de sus parientes; se ha abierto, pues, puertas a intereses desmedidos e innoblemente ávidos.

e. Los que incurren en mala gestión

Fernández Sessarego dice que "*mala gestión*" es "la manifiesta inaptitud de una persona para manejar sus negocios... una inhabilidad para la administración de un patrimonio". Compartimos, también en este caso, los juicios severos, detractores de este inciso, de Rubio Correa. Más aún si el artículo 585 del Código determina que "Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión". En la actualidad, la suerte de los negocios depende no solo de la aptitud o ineptitud de quienes los manejan, sino de diversos y complejos factores, que generalmente un juez peruano no está en condiciones ni capacidad de comprender. Por otro lado, como en el caso del anterior inciso, se desconoce la trascendencia y repercusión que la supuesta inhabilidad o ineptitud pueda tener en la vida y destino de quien maneja en esas condiciones su negocio, no importa que la ruina lo lleve a él a la miseria e indigencia, pues para ser de aplicación el inciso tiene que haber cónyuge o "herederos forzosos" afectados. Este inciso, como el anterior, debe ser en nuestra opinión derogado o reformado por las serias imperfecciones que presenta y porque se prestan, como ya hemos dicho, a usos incorrectos de la ley.

f. Los ebrios habituales

Es un acierto del Código del 84 considerar la ebriedad habitual como causal de declaración de incapacidad relativa, como lo hacen el Código alemán (artículo 6, inc. 3) y el italiano (artículo 415, segundo párrafo). El Código de 1936 no la consideraba. De conformidad con el artículo 586 del código "Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena".

g. Los toxicómanos

La inclusión de esta causal es también otro acierto del Código del 84. En la actualidad, la toxicomanía es un mal lamentablemente muy extendido, del que han resultado víctimas muchas personas. La toxicomanía altera la conciencia perturbando la atención, la memoria, el juicio, el sentido del tiempo, la sensación de control sobre las propias acciones, el estado de ánimo, la expresión emocional y la percepción. Todas las drogas pueden causar dependencia psicológica, adicción. Cuando, como en el caso de los ebrios habituales, se exponga el drogadicto o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena, se le debe proveer curador.

h. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil

El anterior Código Penal consideraba la interdicción civil que privaba al penado del derecho de patria potestad,

de la representación marital que conceden las leyes y de la administración y disposición de sus bienes. Las penas que llevaban anexa la interdicción civil eran las de penitenciaría y relegación (artículo 32). La privación de la patria potestad debía imponerse siempre que el delito se hubiera cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos (artículo 33). La pena de penitenciaría debía extenderse desde un año hasta veinte años y cumplirse en la penitenciaría central, en una penitencíaría agrícola o en una colonia penal. La de relegación podía ser de tiempo indeterminado o fijo y cumplirse en una penitenciaría agrícola o en una colonia penal.

El nuevo Código Penal, vigente desde 1991, a cuyas disposiciones debe adecuarse el inciso que comentamos, ha eliminado la interdicción civil como accesorio de las penas, ha reintroducido, ampliada, la pena de inhabilitación, tomando algunos conceptos de la antigua interdicción civil. Así, el artículo 36 dispone que "La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejerce el condenado, aunque provenga de elección popular;

2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;

6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego;

7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; o,

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiere servido el agente para cometer el delito".

3. ¿Considera el código incapaces a todos los deficientes psíquicos?

Nuestra respuesta a esta pregunta es negativa. Como lo hemos anotado ya antes, el texto del inc. 2 del artículo 43, que reproduce anacrónicamente el concepto de "discernimiento", usado tan imprecisamente por el Código del 36, no usado por ningún código importante, conduce a esa conclusión. Se refuerza aún más esta conclusión con la lectura complementaria de los incs. 2 y 3 del artículo 44, que solo se refieren a las causales de "retardo mental" y de "deterioro mental". En resumen, el código peruano, que en esto solo puede ser aplicado de modo taxativo, porque así lo impone el contexto enumerativo de los artículos 43 y 44, se reduce a considerar la posibilidad de declarar incapaces a quienes "por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento", o sea a quienes no puedan emitir juicio por cuyo medio se perciba y declare diferencia entre varias cosas, (artículo 43, inc. 2) y a quienes tengan retardo mental (inc. 2 del 44) y adolezcan de deterioro mental. Dentro de estas tres cerradas y estrechas categorías, no es posible incluir varios ca-

sos que pudieran ser considerados causales de incapacidad de ejercicio. Por ejemplo, los desórdenes de personalidad múltiple, y los desórdenes disociativos (diversas formas de amnesia).

Por otro lado, si se considera con "retardo mental" a aquellos cuyo cociente de inteligencia se encuentra por debajo de 70, existe una franja comprendida entre 70 y 90 que incluye a los llamados "torpes normales" (que son los que tienen un cociente intelectual entre 80 y 89) y a los limítrofes o retrasados *"bordeline"* (con cociente intelectual entre 70 y 79), que pueden presentar cuadros que ameriten ser considerados legalmente como relativamente incapaces(100).

4. Causas de declaración de incapacidad de derecho y de ejercicio

Como hemos visto antes, entre las causas que determinan las situaciones de incapacidad jurídica establecidas por la ley se encuentran las atinentes al orden público, a la seguridad nacional y a las buenas costumbres y la moral.

Entre las que determinan la incapacidad de ejercicio encontramos las concernientes al grado de madurez de las personas (edad), condición psíquica y las de orden público. Todas pretenden salvaguardar los intereses de los propios incapaces, preservar asimismo los derechos e intereses de quienes pueden tratar o acordar con incapaces o depender de ellos de alguna manera y cautelar los de la sociedad en conjunto.

(100) COON, Dennis. "Introducción a la Psicología". Fondo Educativo Interamericano. México, 1986. Pág. 890.

5. Representación legal de los incapaces

El artículo 45 del código, con texto equívoco que invierte conceptos, tiene por fin establecer que los incapaces de ejercicio ejercen sus derechos a través de sus representantes. Son representantes de los menores de 16 años y de los comprendidos entre los 16 y los 18 años, sus padres. En ausencia de estos o en caso de que les hubiera sido suspendida la patria potestad (artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes) o que la misma se hubiera extinguido (según artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes), son representantes los tutores, de conformidad con el artículo 502 del Código Civil.

Los curadores son representantes de las personas comprendidas en los incs. 2 y 3 del artículo 43 del código y 2 a 8 del artículo 44.

Según el artículo 566, "No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inc. 8 del artículo 44".

Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo su cónyuge, sus herederos forzosos y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente cuando aquellos sean menores o estén incapacitados (artículo 587). La de los ebrios habituales y toxicómanos pueden pedirla su cónyuge, los familiares que dependan de él y por excepción el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados, o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (artículo 588).

6. Adelanto de capacidad de ejercicio por diversas razones

El artículo 46 del código establece un adelanto de la capacidad plena de ejercicio –que, como hemos visto, se da a partir de los 18 años– para quienes, teniendo 16 años o más obtengan título oficial que les habilite para ejercer una profesión u oficio. Lo mismo dispone para los varones de más de 16 años y las mujeres de más de 14 años que contraigan matrimonio; se entiende que deben hacerlo con el asentimiento expreso de sus padres, conforme lo dispone el artículo 244 del código. "La capacidad adquirida por el matrimonio no se pierde por la terminación de este", dice la última parte de artículo 46.

7. Consecuencias distintas de los actos practicados por absolutamente incapaces y relativamente incapaces de ejercicio

Es fácil percibir que los casos de incapacidad absoluta (artículo 43) corresponden a situaciones más severas y graves que las que corresponden a los casos de incapacidad relativa (artículo 44). Pero, además de la visible y evidente diferencia en ese orden, entre unos y otros, es preciso también señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219, inc. 2, del código, el acto jurídico es nulo "Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358". En cambio, es anulable, según lo establecido en el artículo 221, inc. 1, "Por incapacidad relativa del agente".

8. ¿Es necesaria la declaración de interdicción para considerar a alguien incapaz?

La persona incursa en las causales previstas en los artículos

43 y 44 del Código debe ser considerada incapaz con la sola probanza o demostración de los hechos a que se refieren dichas disposiciones, sin tener que haber gestionado su interdicción civil, o sea su declaración judicial de incapacidad. Tal demostración servirá también para deducir u obtener la declaración de nulidad o la anulación de los actos que hubieran practicado los absolutamente o relativamente incapaces.

9. Declaración de interdicción

Conforme a lo dispuesto en el inc. 3 del artículo 546 del Código Procesal Civil los procesos de declaración de interdicción se tramitan en proceso sumarísimo, exclusivamente a cargo de jueces civiles. El plazo para contestar la demanda es de cinco días. Contestada la demanda o transcurrido el plazo, el juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes. Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda; solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata. Las tachas u oposiciones solo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata a utilizarse en la audiencia.

A la demanda deberá adjuntarse, además de lo que corresponde a cualquier demanda, si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan; en los demás casos, la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se extiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia (artículo 582 del Código Procesal Civil).

La declaración de rehabilitación puede ser pedida por el interdicto, su curador o quien afirme tener interés y legitimidad

para obrar, siguiendo las misma reglas indicadas antes. Se debe emplazar a los que intervinieron en el proceso de interdicción y al curador, en su caso.

CAPÍTULO IX

AUSENCIA

CAPÍTULO IX

Ausencia

1. Ausencia. Concepto

Becerra Palomino[101] dice, con acierto, que "la ausencia es una situación jurídica que corresponde a una persona que:

a) no se encuentra en el lugar de su domicilio;

b) se ignora su paradero;

c) carece de representante suficientemente facultado; y,

d) respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo".

Nosotros pondríamos mayor énfasis en los elementos mencionados en los puntos a), b) y d).

(101) BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. "Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984". En: *Separata de la revista Derecho Nº 45*. Publicada por la Facultad de Derecho de la PUCP.

Se trata de una situación que demanda respuestas del Derecho, pues se refiere a una persona que desapareciendo súbitamente e ignorándose su paradero deja acreencias por cobrar, deudas por pagar, familia y otros dependientes por atender, cuestiones diversas de orden legal por resolver, frente a las cuales es preciso formular soluciones jurídicas. No se trata de una situación extraña y esporádica para Perú; la Comisión de la Verdad ha determinado que entre 1980 y el 2000, en Perú se han registrado, como consecuencia de la violencia de aquellos años, 7618 casos de desaparecidos, ausentes (cálculo preliminar), de los que hasta el momento no se tiene noticia[102].

El Código de 1936 consideró a los ausentes, artículo 9 inc. 4, absolutamente incapaces, solución incorrecta, forzada, artificial, pues ni la condición de un incapaz (que no es un desaparecido) corresponde con la descripción de ausente que hemos dado antes, ni tampoco puede decirse que un ausente tiene las características de un incapaz.

El Código de 1984 ha intentado una solución mejor, sin que sin embargo, a nuestro juicio, se haya producido una acorde con la naturaleza de los hechos que configuran tal situación jurídica y sin que, además, guarde conformidad con la naturaleza de las instituciones del Derecho peruano.

El Código del 84 establece tres fórmulas de solución para la ausencia:

1. La regulada por los artículos 47 y 48 del código y que se encuentra bajo el epígrafe de desaparición.

2. La normada por los artículos 48 al 60, bajo el título de declaración de ausencia.

(102) El Comercio de Lima de 6 de noviembre del 2002, 1ª página.

3. La ordenada por los artículos 63 al 69 y que se encuentra bajo los rubros declaración de muerte presunta y reconocimiento de existencia.

Se puede aplicar de modo indistinto cualquiera de las fórmulas, siempre que se cumplan los requisitos respectivos, sin que el uso de una esté condicionada por el uso previo o posterior de la otra u otras.

2. La solución prevista en los artículos 47 y 48 del código, bajo el epígrafe de desaparición

El artículo 47 establece que "Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino". También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

La manera más práctica de acreditar el transcurso de esos 60 días será la de sentar ante la policía una denuncia de la desaparición y recabar, transcurrido ese tiempo, una constancia policial.

El segundo párrafo del artículo 47 indica que no procede la designación de un *curador* cuando el desaparecido "tiene representante o mandatario mandatario con facultades suficientes"; se entiende que son semejantes a las que la ley atribuye al curador.

El artículo 48 dispone que "La curatela a que se contrae el artículo 47 se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes".

El artículo 597 señala que "Cuando una persona se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero según lo establece el artículo 47, se proveerá a la *curatela interina de sus bienes,* observándose lo dispuesto en los artículos 569 y 573...".

El artículo 569, referido, señala, por su parte, que la curatela corresponde: 1. Al cónyuge no separado judicialmente; 2. A los padres; 3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decidirá el juez, oyendo al consejo de familia; 4. A los abuelos y demás ascendientes regulándose la designación conforme al inciso anterior; 5. A los hermanos.

El artículo 573 dispone que a falta de curador legítimo (los mencionados en el artículo 569) y de curador testamentario o escriturario, la tutela corresponde a la persona que designe el consejo de familia. El artículo 597, *in fine*, indica que a falta de las personas llamadas por estos artículos ejercerá la curatela la que designe el juez.

Es pertinente también citar el artículo 602 que señala que "El *curador de bienes* no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia". El artículo 603 indica que "Corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador".

3. La establecida por las disposiciones de los artículos 49 al 60 del código bajo el título de declaración de ausencia

El artículo 49 dice "Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés [prescripción que debe aplicarse recurriendo a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar] o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

Es competente [para atender esta solicitud] el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes".

Según el artículo 50, en la misma resolución en que se declara la ausencia deberá darse la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. La entrada en posesión deberá estar precedida (artículo 51) por la preparación de un inventario valorizado de los bienes materia de dicha entrega. Los poseedores tendrán el derecho de usar y disfrutar de los bienes, debiendo sin embargo reservar, de los frutos, una parte igual a la porción de libre disposición del ausente; se entiende que esta previsión tiene por fin atender la disposición que sobre tal posesión hubiera afectado el ausente y que deberá cumplirse en caso de muerte de este. El artículo 52, reiterando lo concerniente a la condición de meros poseedores de los receptores de los bienes, indica que estos no podrán enajenarlos ni gravarlos, salvo que demostrando necesidad o utilidad, obtengan aprobación judicial. Con la inscripción de la declaración de ausencia, que debe inscribirse conforme lo señala el artículo 53, quedan extinguidos todos los poderes que hubiera otorgado el ausente.

El artículo 54, poniéndose en el caso de que –por desinterés

de los herederos forzosos, o por excesivo y controvertido interés o por cualquier otra razón– no funcione el sistema de uso y disfrute de los bienes del ausente, determina que a pedido de cualquiera de dichos herederos podrá pedirse al juez el nombramiento de un administrador judicial de dichos bienes. El artículo 55 establece las funciones de dicho administrador, sin especificar (como creemos debiera hacerlo) que la enumeración de las mismas marca el orden sucesivo de ellas. En primer lugar, de dichas funciones coloca la de percibir los frutos. Luego indica que deberá pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra; reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señala el juez, la parte correspondiente a la posición de libre disposición, mencionada antes; distribuir regularmente entre los herederos forzosos los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios; ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición; ejercer cualquier atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial; rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.

Además, el artículo 56 señala que para enajenar o gravar los bienes a su cargo el administrador deberá recabar autorización judicial, demostrando la necesidad o utilidad de dichos actos.

El artículo 58 se pone en el caso de que existan cónyuge u otros herederos forzosos que eran o se conviertan después de la desaparición en económicamente dependientes del ausente, careciendo de rentas que les permitan atender sus necesidades alimentarias. Indica que estos pueden solicitar al juez la asignación de una pensión. Se supone que el pago que estos recibirían deberá cargarse al rubro señalado en el inc. 2 del artículo 55, lo cual les da la ventaja de recibir, con anterioridad, suma mayor a la que recibirían conforme al inc. 4 del mismo artículo.

Conforme lo determina el artículo 59 del código, cesan los efectos de la declaración de ausencia por: 1) regreso del ausente; 2) designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración; 3) comprobación de la muerte del ausente; y, 4) declaración judicial de muerte presunta. Como, según las disposiciones del código, los efectos previstos son los relativos a la posesión de los bienes del ausente, en caso de producirse los hechos previstos en los puntos 1 y 2, los bienes regresan a la posesión del ausente, sin que este pueda reclamarles los frutos de los mismos a los herederos que los estuvieran poseyendo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 908 del código. Si se produjeran los hechos mencionados en los puntos 2 y 3, debe producirse la apertura de la sucesión.

4. La prevista en los artículos 63 a 69 bajo los epígrafes de declaración de muerte presunta y reconocimiento de existencia

El Código de 1852 preveía ya en su artículo 71 la posibilidad de considerar presuntamente muerta a una persona, "si hubiera transcurrido, sin haber noticia suya, el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años". El Código de 1936 también la consideraba en los artículos 611 ("por haber transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieran de él o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años") y 612 ("Si la desaparición del ausente se hubiese producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, el plazo a que se refiere el artículo anterior será de tres años").

El artículo 63 del Código de 1984 señala que "Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la ausencia, a solicitud de cualquier interesado [esto debe enten-

derse aplicando el artículo VI del Título Preliminar] o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1) Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si este tuviere más de ochenta años de edad.

2) Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.

3) Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido".

Conforme a lo establecido en el artículo 64 del código, la resolución que declara la muerte presunta debe inscribirse en el registro de defunciones. Por efecto de dicha resolución queda disuelto el matrimonio que pudiera vincular al declarado muerto.

Para fines sobre todo sucesorios, el artículo 65 dice que en la resolución de declaración de muerte presunta deberá el juez indicar la fecha probable y el lugar posible de muerte del declarado.

Si al juez no le resultaran convincentes los fundamentos expuestos en la solicitud de declaración de muerte presunta podrá –desde luego, si encuentra razones para ello– declarar la ausencia (artículo 66). Si no encuentra valederos los argumentos para declarar una u otra situación, podrá simplemente denegar la solicitud.

5. Reconocimiento de existencia

El código se pone en el evento de que reaparezca la persona que hubiera sido declarada presuntamente muerta. En tal caso,

la misma persona, cualquier interesado (artículo VI del Título Preliminar del Código) o el Ministerio Público podrán gestionar el reconocimiento de existencia de la misma, siguiendo trámite correspondiente a los procesos no contenciosos, debiendo citarse a quienes pidieran la declaración de muerte presunta.

En cuanto al matrimonio del reaparecido, cuya disolución se produce como consecuencia de la resolución que declara la muerte presunta (en aplicación, como hemos visto, del artículo 64), el artículo 68 del código contiene una norma por demás injusta, cuando señala que "El reconocimiento de existencia *no invalida el nuevo matrimonio* que hubiese contraído el cónyuge". Cabe preguntarse por qué el código le obliga a este a permanecer irremisiblemente en el "nuevo matrimonio", si a lo mejor ha descubierto que el anterior le dio verdadera felicidad y si a lo mejor, además, tuvo hijos en él, que no los tuvo en el siguiente. Pero esta disposición, impuesta por la Comisión Revisora, nos parece tan inconveniente como la propuesta por la Comisión Reformadora que dice "Tal declaración producirá la nulidad del nuevo matrimonio que hubiese contraído su cónyuge...", pues si la situación es inversa a la que imaginamos líneas arriba, mejor dicho que el matrimonio feliz y la existencia de hijos se hubiera producido en el nuevo matrimonio, la medida sería igualmente injusta. Fernández Sessarego menciona una disposición alemana de 1938, por la cual se le da al cónyuge que hubiera contraído el nuevo matrimonio la opción de impugnar este matrimonio o quedarse en él. Esta nos parece una solución justa, que debiera recoger el Código peruano.

La persona cuyo reconocimiento de existencia se produzca, tiene la facultad, que le otorga el artículo 69 del código, de reivindicar sus bienes.

6. Comentarios sobre las soluciones del código a la situación de ausencia

Sin duda, las soluciones que ofrece el Código de 1984 para la situación de ausencia son mejores que la burda y artificial respuesta dada por el Código de 1936, consistente en considerar a los ausentes simplemente como incapaces. Sin embargo, creemos que es pertinente formular algunas observaciones sobre las mismas, en procura de perfeccionarlas.

Las normas sobre ausencia de nuestro código reproducen prácticamente las del Código italiano, sin reparar, empero, que en nuestro código la naturaleza jurídica de la posesión es diversa a la del Código italiano y sin tener en cuenta distintas, esenciales prescripciones de la legislación peruana en materia sucesoria.

Sabido es que el Código italiano se afilia con el pensamiento savigniano de posesión, que distingue entre posesión y detentación. Poseedor es aquel provisto de *corpus* y de *ánimus*; detentador es aquel que tiene solo el *corpus* y no puede ser poseedor "mientras el título no llegue a cambiarse por causa proveniente de un tercero o en virtud de oposición suya hecha contra el poseedor. Esto vale también en cuanto a los sucesores a título universal" (artículo 1141 del Código italiano). El Código peruano en cambio, redactado bajo la influencia de los Códigos alemán y brasileño, toma partido por la posición de Ihering, en materia de posesión, y no hace diferencia entre el detentador y el poseedor pues no reconoce la existencia del llamado detentador. Distingue más bien entre el poseedor mediato y el inmediato.

La fórmula de solución recogida por el Código peruano, entre los artículos 47 y 48, hace aparecer a un curador que tendría las

características del detentador del Código italiano (inexistente en nuestro sistema jurídico), situando en el limbo a los dependientes del desaparecido, convirtiéndolos en desprovistos de todo derecho por dos años. Recién a los dos años les da a los herederos forzosos del ausente la posibilidad de ser poseedores de los bienes de este, pero cometiendo el error (tomado del artículo 50 del Código italiano) de incluir a todos los "herederos forzosos" como poseedores por igual, siendo así que en esta condición se encuentran, según lo preceptuado por el artículo 724 de nuestro código: "los hijos y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge" y siendo además, que no todos estos concurren a la herencia al mismo tiempo y en igual condición puesto que conforme a lo señalado por el artículo 816 "Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y los demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo".

Tampoco se han tomado en cuenta las disposiciones de los siguientes artículos: "817. Los parientes de la línea recta descendiente excluyen a los de la ascendiente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación"; "820. A falta de hijos y otros descendientes heredan los padres por partes iguales. Si existieran solo uno de ellos, a este le corresponde la herencia"; "821. Si no hubiera padres, heredan los abuelos, en igual forma que la indicada en el artículo 820"; "822. El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo"; "828. Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge con derechos a heredar, la herencia corresponde a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad in-

clusive..."; "829. En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medios hermanos, aquellos recibirán doble porción de estos".

No queda realmente claro quién debería tener la posesión de los dos años o más, previos a la declaración de ausencia. Sabemos que la posesión es un hecho y que la tendrá quien tenga el bien consigo, pero de lo que se trata es que el código legitime a quien corresponde y eso no está resuelto en el mismo. Tampoco se dice cuáles deben ser los derechos y deberes de los poseedores en el tiempo siguiente a la declaración. Muchos son pues los vacíos e incongruencias de las normas sobre ausencia en nuestro sistema jurídico. Creemos, por ello, que debe reemplazarse esa parte del Código tomando en cuenta lo siguiente:

1. El artículo 314 del código establece que la administración de los bienes de la sociedad conyugal corresponde a uno de los cónyuges, cuando el otro se encuentra en situación de ausencia. Esto, que resulta en contradicción con el artículo 47 del código, que permite solicitar la designación de un curador, debe prevalecer sobre esta norma y así debe explícitamente señalarlo el código para los casos en que el ausente sea casado.

2. En los casos en que el ausente no sea casado, debe establecerse un procedimiento semejante al referido en el punto anterior, en el que, por grados excluyentes, asumirían la administración de los bienes del ausente los dependientes de este o sus herederos.

3. Con el funcionamiento de los dos mecanismos antedichos se haría innecesaria la vigencia de todo el sistema establecido por los artículos 49 a 60 del código, el que, por lo demás, como hemos mostrado, se encuentra en

contradicción con muchas disposiciones esenciales del sistema jurídico peruano.

Dichos mecanismos serían de aplicación hasta la reaparición del ausente o hasta que se den las causales que permitan gestionar su declaración de muerte presunta.

CAPÍTULO X

MUERTE

CAPÍTULO X

Muerte

1. Muerte. Concepto y consecuencias jurídicas

El artículo 61 del código determina que "La muerte pone fin a la persona". Esto significa que, en consecuencia, deja de ser sujeto de derecho –mejor dicho titular de situaciones jurídicas subjetivas, principalmente de derechos y obligaciones– para convertirse en objeto de derecho, merecedor de esencial respeto y reverencia. Cuando nos referimos a la muerte, que "pone fin a la persona", nos estamos refiriendo a la conclusión de la existencia biológica –"la cesación definitiva o irreversible de la actividad cerebral", como lo indican el artículo 108 de la Ley General de Salud (N° 26842) y el artículo 5 de la Ley N° 23415, modificada por la 24703– o a la muerte declarada presunta, conforme a las prescripciones del Código Civil.

Desde la muerte, como decimos, la persona deja de tener derechos y obligaciones, se extingue el vínculo conyugal que lo unía a su cónyuge, si estuvo casado, y su patrimonio ingresa al proceso de sucesión correspondiente.

Aparte de los dos conceptos de muerte, que referimos, no hay actualmente otro válido en materia jurídica. Antiguamente existía, a título de pena, la llamada muerte civil, que consistía en la suspensión drástica de los derechos de la persona, originando la disolución del matrimonio y la apertura de su sucesión. En Francia fue suprimida, por ley de 31 de mayo de 1854, y por esa misma época, todos los países que la tenían la fueron aboliendo por su condición inhumana y nefasta.

2. Premoriencia y conmoriencia

La *premoriencia* es la corriente que sostiene que cuando en un mismo hecho fallecen dos o más personas, vinculadas sucesoriamente, sin que se pueda establecer cuál murió antes, debe presumirse la muerte previa de unos respecto a otro u otros, sobre la base de la edad o el sexo de los fallecidos. En esta línea, el Código Civil francés establece lo siguiente: "Artículo 720. Si varias personas llamadas respectivamente la una a la sucesión de la otra perecen en el mismo suceso, sin que pueda reconocerse cuál ha muerto primero, la presunción de supervivencia se determina por las circunstancias de hecho y, a falta de ellas, por la fuerza de la edad o del sexo". "Artículo 721. Si los que han perecido juntos tenían menos de quince años, se presume que ha sobrevivido el de más edad. Si todos ellos tenían más de sesenta años, se presume que ha sobrevivido el de menos edad. Si unos tenían menos de quince años, y los otros más de sesenta, se presume que han sobrevivido los primeros". "Artículo 722. Si los que han perecido juntos tenían quince años cumplidos y menos de sesenta se presume siempre que ha sobrevivido el varón, cuando haya igualdad de edad, o si la diferencia que existe no excede de un año. Si fueran del mismo sexo, debe ser admitida la presunción de supervivencia, que origina la apertura de la sucesión en el orden de la naturaleza; así, el más joven se presume que ha sobrevivido al de más edad".

La *conmoriencia,* por el contrario, asume que en las circunstancias antes anotadas debe presumirse que las personas referidas fallecieron en el mismo instante, sin que entre ellas se produzca sucesión. El Código alemán opta por esta posición determinando en su artículo 20 lo siguiente: "Si varias personas se han encontrado en un peligro común, se presume que han muerto simultáneamente". El Código italiano hace lo mismo estableciendo en su artículo 4: "*Conmoriencia.*- Cuando un efecto jurídico depende de la supervivencia de una persona a otra, y no consta cuál de ellas ha muerto primero, se considera todas muertas en el mismo momento".

Las consecuencias derivadas de escoger una teoría u otra son sustancialmente diferentes. Rubio Correa presenta el siguiente caso imaginario, muy ilustrativo: "Supongamos un varón y una mujer que no están casados (y que no tienen derecho a heredarse entre sí). Esta pareja tiene un hijo. Supongamos que la madre es una persona acaudalada y hace un viaje con el hijo en avión. El avión se estrella y los dos mueren. Si el hijo murió luego que la madre, la hereda y, al morir él, lo hereda su padre. En otras palabras, el hijo podría ser el vehículo de transmisión de la riqueza de su madre a su padre. Sin embargo, como el artículo 62 dice que se les reputa muertos al mismo tiempo sin transmisión de derechos hereditarios, entonces el hijo no hereda a su madre y el padre no tiene qué heredar de su hijo. La herencia de esa mujer irá a sus otros herederos forzosos según el orden establecido en el Código y que aparece en los artículos 816 y 817 (a menos que haya dejado testamento en cuyo caso habrá que atenerse a sus disposiciones en lo que fueren legales)"[103].

Sin duda, la teoría de la conmoriencia ofrece mayor consistencia lógica; aparece más razonable. El Código Civil peruano

(103) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit. Pág. 201.

también la adopta estableciendo en su artículo 62 lo siguiente: "Si no se puede probar cuál de las personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios".

BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE GENERAL

BIBLIOGRAFÍA

1. AFTALIÓN, Enrique; GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA José. *"Introducción al Derecho"*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1982.
2. ALVARADO, Óscar y otros. *"El derecho a nacer"*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
3. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *"Los Derechos Humanos y su protección"*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1997.
4. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *"Luces y Sombras del Código Civil", tomos I y II.* Librería Studium, Lima, 1991.
5. ARTOLA, Miguel. *"Los derechos del hombre"*. Alianza Editorial, Madrid, 1986.
6. BARRA, Rodolfo Carlos. *"La protección constitucional del derecho a la vida"*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
7. BASADRE AYULO, Jorge. *"Historia del Derecho"*. Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, Lima,1993.
8. BASADRE G., Jorge. *"Historia del Derecho"*. Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, Lima, 1937.
9. CIFUENTES, Santos. *"Derechos personalísimos"*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

10. CÓDIGO DE HAMMURABI. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.
11. CÓDIGO DE MANU y otros textos. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
12. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *"Derecho Civil de España"*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
13. DE COSSÍO, Alfonso. *"Instituciones de Derecho Civil", 1.* Alianza Universidad, Tecnos, Madrid, 1997.
14. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *"La idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX"*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
15. DEL VECCHIO, Giorgio. *"Principios Generales del Derecho"*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1979.
16. DEL VECCHIO, Giorgio. *"Filosofía del Derecho"*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1980.
17. DÍAS CANSECO, José María. *"Los Principios Generales del Derecho"*. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.
18. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *"Sistema de Derecho Civil"*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990.
19. DIGESTO de Justiniano. Libro I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.
20. ESCUDERO, Sergio. *"La protección de la información no divulgada"*. En: *"Los retos de la propiedad industrial en el siglo XXI"*. 1er Congreso Latinoamericano sobre la Protección de la Propiedad Industrial. INDECOPI-Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Lima, 1996.
21. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin. *"Tratado de Derecho Civil"*. Parte General I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1953.
22. ESPÍN, Diego. *"Derecho Civil Español"*, Volumen I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

23. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano"*. Separata del "Mercurio Peruano", Lima, 1964.
24. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Derecho de las Personas"*. Librería Studium, Lima, 1986.
25. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas"*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
26. FERRARA, Francesco. *"Teoría de las Personas Jurídicas"*. Talleres Tipográficos de la Editorial Reus S. A., Madrid, 1929.
27. GARCÍA LÓPEZ, Jesús. *"Los Derechos Humanos en Santo Tomás de Aquino"*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1979.
28. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *"Filosofía del Derecho"*. Editorial Porrúa, México, 1997.
29. GÓMEZ SEGADA, José Antonio. *"El secreto industrial (know how)"*. Editorial Tecnos, Madrid.
30. GROCIO, Hugo. *"El derecho de la guerra y la paz"*, 4 tomos. Editorial Reus, Madrid, 1925.
31. GROETHUYSEN, Bernard. *"Filosofía de la Revolución Francesa"*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
32. GUTIERREZ CAMACHO, Walter y MESÍA RAMIREZ, Carlos. *"Derechos Humanos. Instrumentos internacionales y teoría"*. Ministerio de Justicia - W.G. Editor, Lima, 1995.
33. LEGAZ LACAMBRA, Luis. *"Filosofía del Derecho"*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1979.
34. LEÓN BARANDIARÁN, José. *"Comentarios al Código Civil Peruano", tomo IV, Del Título Preliminar y del Dere-*

cho de las Personas. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1952.

35. LEY DE LAS XII TABLAS. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993.
36. LOCKE, John. *"Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil".* Alianza Editorial, Madrid, 1994.
37. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *"Tratado de Derecho Civil",* Parte General I. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
38. MEJAN, Luis Manuel. *"El secreto bancario".* Biblioteca Felaban, Bogotá.
39. MESSINEO, Francesco. *"Manual de Derecho Civil y Comercial".* Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.
40. MOLITOR-SCHLOSSER. *"Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado".* Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1980.
41. MORISON, Samuel Eliot; STEEL COMMAGER, Henry y LEUCHTENBURG, William E. *"Breve historia de los Estados Unidos".* Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
42. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *"El valor de la vida humana".* Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1984.
43. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *"Visión jurisprudencial del valor de la vida humana", tomo I.* Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994.
44. MOSTERIN, Jesús. *"Historia de la Filosofía, 5. El pensamiento clásico tardío".* Alianza Editorial S.A., Madrid, 1985.
45. ORDORQUI, Gustavo. *"Estatuto de los derechos de la personalidad: los derechos del concebido no nacido".* En: *"De la persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano",* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

46. PUY, Francisco. *"Retrospectiva de los Derechos Humanos"*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter y MESÍA RAMIREZ, Carlos. *"Derechos Humanos. Instrumentos internacionales y teoría"*. Ministerio de Justicia - W.G. Editor, Lima, 1995.
47. PÉREZ LUÑO, Francisco. *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
48. PORTALIS, Jean-Etienne. *"Discurso Preliminar"*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.
49. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL. Imprenta de J. Francisco Solís, Lima, 1890.
50. PUIG BRUTAU, José. *"Introducción al Derecho Civil"*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1980.
51. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *"Historia del Derecho Civil Peruano", tomos I y II.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000 y 2001.
52. RECASENS SICHES, Luis. *"Tratado General de Filosofía del Derecho"*, 7ª edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1981.
53. RECASENS SICHES, Luis. *"Introducción al Estudio del Derecho"*. 6ª edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1981.
54. RESCIGNO, Pietro. *"Tratatto di Diritto Privato"*. Traducción de María Teresa Guevara de Omacini. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, Torino, 1984.
55. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *"Derecho Civil", tomo I.* Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1965.
56. RODRÍGUEZ ITURRI, Róger. *"El derecho a amar y el derecho a morir"*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
57. ROMERO COLOMA, Aurelia. *"Los bienes y derechos de la personalidad"*. Editorial Trivium, Madrid, 1985.

58. SAVIGNY, Federico Carlos. *"De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho"*. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.
59. SAVIGNY, Federico Carlos. *"Sistema de Derecho Romano actual"*. F. Góngora y Erúa Editores, Madrid, 1879.
60. SPOTA, Alberto G. *"Tratado de Derecho Civil", tomo I, volumen 3*, Parte General. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.
61. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *"Manual de Historia del Derecho Español"*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1981.
62. VALENCIA RESTREPO, Hernán. *"Derecho Privado Romano"*. Bogotá, 1993.
63. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *"Derecho y manipulación genética"*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1996.
64. VENTURA SILVA, Sabino. *"Derecho Romano"*. Editorial Porrúa S.A., México, 1995.
65. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *"Introducción al Derecho Civil Peruano"*. W.G. Editor, Lima, 1992.
66. VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *"Introducción a la Biojurídica"*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.
67. VOLTERRA, Eduardo. *"Instituciones de Derecho Privado Romano"*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 7

CAPÍTULO I

Nociones introductorias

1. Diversas acepciones de la expresión derecho 23
2. Derecho Público y Derecho Privado 25
3. Derecho Civil 26
4. Fuentes del Derecho Civil 26
   4.1. La ley 28
   4.2. La doctrina 30
   4.3. La jurisprudencia 31
   4.4. La costumbre 31
   4.5. Los principios generales del Derecho 39
5. El proceso de codificación en el mundo 42
   5.1. El Código Civil francés 44
   5.2. El Código Civil alemán 46
   5.3. El Código Civil italiano 49
6. Resumen del desarrollo histórico de la legislación civil peruana, básica 53

6.1. Las leyes castellanas y las leyes de Indias 53
6.2. Inicio de la República 57
6.3. El proyecto de Vidaurre 59
6.4. Vigencia en Perú de los Códigos bolivianos 60
6.5. El Código de 1852 60
6.6. El proyecto de 1890 63
6.7. El Código de 1936 64
6.8. El Código de 1984 65

CAPÍTULO II

El Libro de Personas del Código de 1984

CAPÍTULO III

Sujetos de derecho

1. Concepto de sujeto de derecho. Los sujetos de derecho en el Código Civil peruano 77
a) El concebido 77
b) La persona natural o individual 78
c) La persona jurídica 78
d) Las organizaciones no inscritas de personas 78
e) La sociedad conyugal 78

CAPÍTULO IV

El concebido

1. El concebido 87
2. Preservación de los derechos del concebido y de la madre 94

CAPÍTULO V

Derechos de la persona

1. Definición 99
2. Su naturaleza jurídica 100
3. Sus caracteres 101
4. Su denominación 103
5. Su incorporación a los Códigos Civiles 104
6. Su incorporación en el Código Civil peruano 106
7. Su origen histórico 107
8. Derecho a la vida 127
9. El derecho a la libertad 137
10. Derecho a la intimidad 147
11. El derecho al honor 155
12. Derechos a la integridad psicosomática, a disponer de partes del cuerpo, a disponer del propio cadáver y a disponer de cadáver ajeno 160
13. El derecho a la imagen 164
14. Derecho al secreto de los documentos privados 170
15. La tutela de los derechos de la persona 172
16. Los derechos de autor o inventor 174

CAPÍTULO VI

Nombre

1. Naturaleza jurídica del nombre 177
2. Evolución del nombre en la Historia 178
3. Reglas peruanas sobre el nombre 181
4. Prueba del nombre 183
5. Normas de protección del nombre 184
6. Cambio de nombre 186
7. Acción de oposición al cambio de nombre 190
8. Seudónimo 191

CAPÍTULO VII

Domicilio

1. Domicilio general 195
2. Domicilio especial 196
3. Domicilio plural 197
4. Domicilio conyugal 197
5. Domicilio de los funcionarios públicos 198
6. Cambio de domicilio 199
7. Personas que no tienen residencia habitual 200
8. Casos de incidencia importante del domicilio 200

CAPÍTULO VIII

Capacidad de derecho y capacidad de ejercicio

1. Capacidad e incapacidad de derecho 205
2. Capacidad e incapacidad de ejercicio 211
   A) Absolutamente incapaces 212
   B) Relativamente incapaces 215
3. ¿Considera el código incapaces a todos los deficientes psíquicos? 221
4. Causas de declaración de incapacidad de derecho y de ejercicio 222
5. Representación legal de los incapaces 223
6. Adelanto de capacidad de ejercicio por diversas razones 224
7. Consecuencias distintas de los actos practicados por absolutamente incapaces y relativamente incapaces de ejercicio 224
8. ¿Es necesaria la declaración de interdicción para considerar a alguien incapaz? 224
9. Declaración de interdicción 225

CAPÍTULO IX

Ausencia

1. Ausencia. Concepto 229
2. La solución prevista en los artículos 47 y 48 del código, bajo el epígrafe de desaparición 231
3. La establecida por las disposiciones de los artículos 49 al 60 del código bajo el título de declaración de ausencia .. 233

4. La prevista en los artículos 63 a 69 bajo los epígrafes de declaración de muerte presunta y reconocimiento de existencia 235
5. Reconocimiento de existencia 236
6. Comentarios sobre las soluciones del código a la situación de ausencia 238

CAPÍTULO X

Muerte

1. Muerte. Concepto y consecuencias jurídicas 245
2. Premoriencia y conmoriencia 246

BIBLIOGRAFÍA 251
ÍNDICE GENERAL 257



LA OBRA

Esta obra es el maduro fruto de la experiencia docente de Víctor Guevara Pezo en el área del Derecho de las Personas. Ella trasunta de forma didáctica, y con un estilo claro y directo, los conocimientos acumulados durante largos años de enseñanza así como contiene valiosos juicios críticos sobre el Código Civil, los mismos que enriquecen el libro que tenemos entre manos. El volumen que prologamos, por lo demás, es una de las escasas obras que se han escrito sobre la materia en nuestro país, lo que acrecienta su valor y utilidad.

Advertimos de la lectura de la obra de Guevara Pezo una importante y poco común objetividad cuando se hace referencia al Código Civil de 1984. Por ello, sus juicios y comentarios adquieren un especial significado en cuanto a su apreciación sobre el contenido del Libro Primero de dicho cuerpo legal, dedicado al Derecho de las Personas. Es, por ello, que su opinión sobre dicha parte del Código Civil merece ser puesta de relieve. En el umbral de sus comentarios sobre el tema que le ocupa nos dice, con convicción, que: "El Libro de las Personas del Código Civil peruano de 1984 constituye un importante hito de avanzada en el desarrollo del Derecho Civil en el mundo". Esta apreciación es positiva y pone de manifiesto que la creación jurídica no es ajena a los que habitan nuestro país. Ella, además, está respaldada por el hecho comprobable que algunos proyectos de nuevos códigos civiles cuentan entre sus fuentes al Código Civil peruano de 1984.

Resulta sumamente grato y satisfactorio prologar la obra de un profesor dotado de talento, de agudo sentido crítico, estudioso, de recta trayectoria personal, de reconocido prestigio y seriedad profesional. Me complace, por ello, presentar un trabajo que ha de contribuir, muy eficazmente, a la enseñanza y difusión de los derechos de la persona, que son aquellos que inspiran y sobre los que se sustentan todos los demás derechos civiles. El libro ha de ser, además y por sus propios méritos, una obligada fuente de consulta para quienes han de abordar un trabajo cuya materia sea el Derecho de las Personas.

Carlos Fernández Sessarego
(del Prólogo de la obra)

ESTRUCTURA DE LA OBRA

CAPÍTULO I	Nociones introductorias
CAPÍTULO II	El Libro de Personas del Código de 1984
CAPÍTULO III	Sujetos de derecho
CAPÍTULO IV	El concebido
CAPÍTULO V	Derechos de la persona
CAPÍTULO VI	Nombre
CAPÍTULO VII	Domicilio
CAPÍTULO VIII	Capacidad de derecho y capacidad de ejercicio
CAPÍTULO IX	Ausencia
CAPÍTULO X	Muerte

GACETA JURIDICA