

# Comentarios a la propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de las Personas presentada por la Comisión de Reforma del Código Civil

Carlos Fernández Sessarego<sup>(\*)</sup>

## 1. Antecedentes del proceso de reforma

Nos cupo, a partir de marzo de 1965, fecha en la que se instaló la Comisión para revisar el Código Civil de 1936, ser ponentes del Libro Primero del Código Civil de 1984 e intervinimos activamente en el proceso de revisión del mismo por una Comisión *ad hoc* entre 1981 y el primer semestre de 1984. Por ello, conocemos el proceso de formulación del mencionado Libro y, desde nuestra personal perspectiva, sus aciertos, omisiones y carencias.

En el prólogo a la Exposición de Motivos del Código Civil, que nos cupo el honor de elaborar por encargo de los autores del Código, decíamos, consecuente con nuestra concepción del Derecho, que la “presente obra pretende ser solo un firme punto de partida para una constante y continuada reflexión, para un coherente repensamiento crítico del contenido del Código Civil que asegure el ininterrumpido enriquecimiento de la ciencia jurídica que, en permanente confrontación con la realidad social valiosamente comprendida, permita introducir en él las oportunas y sagaces enmiendas que el tiempo inexorablemente exige, así como producir los desarrollos legislativos o reglamentarios que el momento histórico reclama”.

Concluía dicho prólogo expresando que “las ideas enhebradas en sus páginas, que responden a la circunstancialidad de su época, sirvan de estímulo a las nuevas generaciones de juristas para que, al recoger su mensaje humanista, perseveren con renovado tesón en el insosegable afán de perfección que dignifica la existencia humana”.

Dicho enunciado guarda concordancia con la concepción tridimensional del Derecho, donde la vida humana social es el elemento básico y primario del Derecho, aunque no es el único desde que también interactúan en él los valores y las normas jurídicas. En otros términos, el Derecho supone, cuando las circunstancias lo exigen, la valoración de conductas humanas inéditas para su debida y oportuna regulación normativa.

Consecuentes con lo anteriormente glosado, desde nuestro cargo de Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, conocedores de las carencias del Código Civil por haber participado en su elaboración e intervenido en su revisión, convocamos en 1991 a los más destacados civilistas de diversas universidades de nuestro medio para que, reunidos en tantas comisiones como libros tiene el Código, propusieran las enmiendas importantes y urgentes que, en su concepto, fueren necesarias para obtener el perfeccionamiento y la actualización de dicho Código después de casi diez años de vigencia. Su importante labor se llevó a cabo durante los años de 1992, 1993 y gran parte de 1994. Fue un trabajo serio y meditado.

Para debatir y comentar las enmiendas propuestas por las mencionadas comisiones, el citado Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Lima, con ocasión de cumplirse los diez años de promulgado el Código Civil, convocó a connotados juristas de diversos países tanto de nuestro continente como de Europa los

(\*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

cuales, en número de treinta y cinco en total, cumplieron tan importante propósito ante la concurrencia de más de dos mil quinientos asistentes entre abogados, jueces y estudiantes de Derecho de todo el país. Las ponencias del Congreso Internacional en referencia fueron publicadas en 1995 por la Universidad de Lima en dos tomos.

Los resultados obtenidos por las comisiones convocadas en 1991 por el Centro de Investigaciones Jurídicas, enriquecidas con los aportes del Congreso Internacional de 1994 antes referido, fueron entregados al Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso de la República mediante comunicación del 4 de enero de 1995. El Congreso de la República, con fecha 7 de enero del mismo año, publicó en el diario oficial "El Peruano" las conclusiones a que arribaron los estudiosos integrantes de las comisiones que trabajaron convocados por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Lima.

El Congreso de la República, con el propósito de implementar la reforma impulsada por el mencionado Centro de Investigaciones, dictó la Ley 26394, del 11 de noviembre de 1994, publicada el 18 del mismo mes, por la cual se crea una comisión destinada a elaborar una ley de enmiendas del Código Civil de 1984. La Comisión, en la cual actuamos como asesor y relator, inició sus trabajos en enero de 1995 y alcanzó a revisar y debatir tan solo el proyecto de reformas del Libro Primero. La inminencia de las elecciones de 1995 interrumpió la labor de la Comisión, la que no volvería a reiniciarse hasta la constitución del nuevo gobierno surgido de las elecciones realizadas en aquel año.

El trabajo de la comisión, tal como se ha anotado, se suspendió desde antes de las elecciones de 1995 y hasta fines de 1996. La conformación de un nuevo Congreso con otros integrantes originó la dación de la Ley 26673, publicada el 22 de octubre de 1996, mediante la cual se designaron nuevos miembros de la Comisión de Reforma, entre los cuales figuraba el que suscribe este documento. La Comisión designó tantas subcomisiones como libros tiene el Código a fin de que elaborasen propuestas de enmiendas. A fines de 1997, los trabajos de las subcomisiones se debatieron en el seno de la Comisión. Entre dicha fecha y comienzos de 1998 se revisó y aprobó, por unanimidad, las propuestas de enmiendas presentadas por la subcomisión que redactó las referidas al articulado del Libro Primero

sobre el Derecho de las Personas. Integramos dicha subcomisión dos personas, el doctor Carlos Cárdenas Quirós y el que esto suscribe, quien fue el ponente de las enmiendas y presidió la subcomisión.

Las propuestas aprobadas, referidas a todos los Libros del Código Civil fueron publicadas por el Congreso de la República y, parcialmente, en la revista "Cuadernos de Derecho", órgano del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, el que fuera desactivado desde aproximadamente 1996. En la ciudad de Arequipa, un Congreso Internacional, discutió dichas propuestas, las que fueron posteriormente publicadas por el Congreso de la República.

El Congreso y el Ministerio de Justicia, durante el gobierno del Presidente Toledo, designaron una nueva Comisión, en la que estuvieron ausentes los doctores Max Arias Schreiber, Manuel de la Puente y Lavalle y quien suscribe este documento. Los doctores Jorge Avendaño, Guillermo Lohmann, Augusto Ferrero Costa, Fernando Vidal Ramírez y Carlos Cárdenas Quirós, que habían integrado la Comisión en su segunda etapa, aparecían entre los miembros de la última Comisión. Ellos fueron los que aprobaron las enmiendas elaboradas en 1997 y 1998 con la participación de quien esto escribe, así como las que han presentado en el 2006 sin nuestra intervención.

Esta nueva Comisión, sin publicar y debatir sus propuestas, como se había hecho en las etapas anteriores, envió el proyecto de enmiendas directamente al Ministerio de Justicia. Es este proyecto el que ahora se conoce y empieza a debatirse.

El último proyecto, hoy en debate, incorpora cinco nuevos artículos al Libro Primero, dos referidos a las personas naturales y tres relacionados con las organizaciones de personas. Se han modificado, en alguna medida, otros cinco artículos del Libro Primero.

Nuestros comentarios se refieren al proyecto presentado por la Comisión en su tercera etapa de sesiones en el año 2006, en comparación con las propuestas aprobadas, por unanimidad, a fines de 1997 e inicios de 1998.

## 2. Metodología

El presente comentario estará dividido en dos partes. La primera se destinará a comentar las

enmiendas propuestas en el año 2006 por la comisión encargada de formularlas, mientras que la segunda precisará los ostensibles vacíos que se aprecian. Estos, según nuestro criterio, se considera que es importante cubrirlos para aprovechar debidamente la extraordinaria oportunidad de la reforma. Es decir, estimamos que no se debería desperdiciar la ocasión de una reforma del Código para proceder a recoger aquellas enmiendas urgentes omitidas, inexplicablemente, por la Comisión de Reforma, en el 2006, al Código Civil. Dichas enmiendas habían sido elaboradas y aprobadas unánimemente por la Comisión en el período comprendido entre fines de 1997 e inicios de 1998.

En cuanto a la primera parte solo comentaremos aquellas normas que merecen una observación o sugerencia de nuestra parte. Por consiguiente, no nos referiremos a las enmiendas con las que estamos de acuerdo.

En cada caso, para facilitar la comprensión de los comentarios que se vierten, se insertará antes de aquellos el texto vigente del artículo materia de observación, así como los textos aprobados en 1997 y el 2006, respectivamente. La comparación de dichos tres textos es importante para calibrar la pertinencia o no de los comentarios materia de este documento.

### 3. Comentarios a las propuestas de enmiendas presentadas por la Comisión en el 2006

#### 3.1. Tutela inhibitoria

##### Artículo 17

Texto vigente:

“La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria”.

Texto del proyecto aprobado por la Comisión de Reforma en 1997:

“1. La amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes al ser humano faculta a cualquier persona a solicitar la paralización del hecho potencialmente susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo, respectivamente.

2. El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el

daño. También podrá hacer ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal.

3. La indemnización por los daños derivados de la amenaza o vulneración de los derechos al ser humano, incluye las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. La pretensión no es acumulable.

4. Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es concurrente”.

Texto propuesto por la Comisión de Reforma en el 2006:

“1. La amenaza o vulneración de derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización del daño causado.

2. Cuando el daño es producido por dos o más personas la responsabilidad es solidaria.

3. Lo establecido en este artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho”.

#### 3.1.1. Comentarios al texto propuesto el 2006

La simple comparación entre las propuestas de 1997 y del 2006 permite evidenciar las diferencias entre ambas y los vacíos o desaciertos de esta última propuesta. A ellos nos referiremos en los párrafos siguientes.

##### 3.1.1.1. Primer párrafo

En cuanto al primer párrafo del texto de las enmiendas al artículo 17, somos del parecer que la expresión “persona” podría ser sustituida - como se propuso originalmente y se aprobó por la Comisión de Reforma en 1997- por la de “ser humano”. Ello, por dos motivos. El primero, para comprender en este concepto al concebido que, siendo un ser humano viviente, no es aún persona natural desde que no ha nacido.

El segundo motivo es el que los derechos fundamentales inherentes a la persona, como es comprensible, solo se refieren al ser humano, sea este concebido -persona por nacer- o persona natural. Estos derechos no corresponden a los otros dos sujetos de derecho: las organizaciones de personas inscritas -conocidas como personas “jurídicas”- y a las organizaciones de personas no inscritas. Solo el ser humano es sujeto de derecho.

En el texto de la propuesta de enmienda del 2006 se confiere tan solo al agraviado o a quien

tenga legítimo interés, el derecho a solicitar se evite o suprima la actividad generadora del daño. En el proyecto original -aprobado en 1997 por la Comisión de Reforma- sustentados en el valor solidaridad, el derecho a solicitar se evite o suprima un daño se extendía a “cualquier persona” interesada en preservar los derechos fundamentales de quien, por cualquier causa, no se encontrase en condiciones de hacerlo por sí mismo. Debe tenerse en cuenta que no se trata de un derecho patrimonial sino de derechos fundamentales inherentes a la persona los cuales, según el artículo 1 de las Constituciones de 1979 y 1993, deben ser materia de protección de parte de la sociedad y del Estado.

#### 3.1.1.2. Segundo párrafo

En cuanto al segundo párrafo de la propuesta de enmienda al mencionado artículo 17, somos de la opinión que debería evaluarse la conveniencia de sustituir la responsabilidad solidaria por la concurrente. En cualquier caso, para este efecto, debería distinguirse la responsabilidad penal de la civil.

#### 3.1.1.3. Tercer párrafo

Tal como se ha apuntado en precedencia, lo establecido en el artículo 17, por referirse tan solo a los derechos inherentes al ser humano, no es de aplicación a las organizaciones de personas, inscritas o no, en tanto no son seres humanos individualmente considerados.

#### 3.1.1.4. Incorporación de un nuevo párrafo

Somos del parecer que, por razones de orden didáctico, se debería consignar en este artículo, tal como se señala en la propuesta original aprobada por la Comisión en 1997, que la reparación de un daño a los derechos inherentes al ser humano incluye tanto las consecuencias de orden patrimonial como las extrapatrimoniales. Ello, en razón de que aún no se halla suficientemente difundida la concepción, internacionalmente aceptada, del “daño a la persona” y del consiguiente “daño al proyecto de vida” ni los alcances del artículo 1985 del Código Civil peruano. La persona es sujeto pasivo tanto de daños con consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales. Este es un concepto que no puede perderse de vista por jueces y abogados el cual, según nuestro criterio y experiencia, debería incorporarse al texto del proyectado artículo 17.

### 3.2. Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad

#### Artículo 78

Texto vigente:

“La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”.

Texto de la propuesta de reforma aprobada por la Comisión en 1997:

“1. La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.

2. Ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal diferente.

3. Excepcionalmente, la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto, son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley”.

#### 3.2.1. Nuestra propuesta

Nosotros venimos proponiendo desde hace años una descripción o definición de la persona jurídica que da cuenta de los elementos que la integran, así como del recurso de técnica jurídica por la cual se prescribe que los miembros de ella no tienen derecho a su patrimonio ni están obligados a satisfacer sus obligaciones. Estos son remitidos a una expresión lingüística con la que se conoce a una determinada persona jurídica. Es decir, se trata de una descripción de la realidad en que consiste dicha institución jurídica. En este sentido podemos describirla en los siguientes términos:

“Por la inscripción en el registro respectivo, una organización de personas que persigue fines valiosos adquiere la calidad de persona jurídica, constituyéndose formalmente en un sujeto de derecho en tanto centro normativo unitario y formal, conocido por una expresión lingüística, solamente para la atribución de derechos y deberes, por lo que ninguno de sus miembros ni todos ellos tienen derecho a su patrimonio ni están obligados a satisfacer sus obligaciones”.

#### 3.2.2. Comentarios al texto propuesto por la Comisión el 2006:

Discrepamos, como se advierte del texto por nosotros propuesto, tanto del proyecto de 1997 como del 2006. Nuestra concepción atiende a la naturaleza jurídica de la persona jurídica, sin que

ello signifique que estemos en desacuerdo con el recurso de técnica jurídica por el cual, sin desconocer la realidad de la persona jurídica, los deberes y derechos de sus miembros, excepcionalmente, se derivan a una expresión lingüística. Se trata de una excepción al Derecho común, para el cual solo existe la organización de personas no inscritas.

Consideramos, por lo demás, que la concepción tridimensional de la persona jurídica, que tiene un sustento filosófico, solo será plenamente comprendida cuando se tome conciencia por la mayoría de la importancia de esta nueva concepción del Derecho y se aplique, sin excepción, a todas las instituciones jurídicas inclusive, por cierto, a la persona expresamente designada como “jurídica” por sus creadores. Estamos convencidos que ello ocurrirá con la sedimentación de las ideas con el transcurrir del tiempo.

### 3.2.2.1. *Primer párrafo*

Desde antiguo hemos venido criticando, en diversas sedes y publicaciones, la absurda expulsión de los miembros -personas humanas- del seno de la persona denominada “jurídica” para el efecto de diferenciarla de la persona humana individual, único sujeto de derecho. Ello carece de sentido pues los seres humanos son elementos integrantes de la institución en cuanto la constituyen y deciden todo cuanto a ella compete. Lo único que ocurre, por disposición de la ley, es que los derechos de cada una de las personas que la componen se derivan formalmente a una expresión lingüística con la que es conocida la persona “jurídica”.

No puede perderse de vista lo expresado en su momento por Savigny, miembro de la escuela pandectística y uno de los inventores de la persona “jurídica”, en el sentido que solo son personas los seres humanos. Por ello, consideró que la persona “jurídica”, como su propia designación así lo indica, es una creación técnica formal o artificial del Derecho positivo, con la expresa finalidad de derivar los derechos y deberes que corresponderían -de no inscribirse- a cada una de las personas individuales integrantes de la organización de personas, a una determinada expresión lingüística o “nombre” de la persona jurídica. Lamentablemente, una concepción formalista del Derecho, al estilo de Kelsen, ha desnaturalizado la concepción de la escuela pandectística y persiste en lo que nosotros consideramos como

un grueso error jurídico, contrario a la realidad en que consiste lo que conocemos como “Derecho” donde, en cualquiera de sus instituciones, no puede faltar como elementos interactuantes la vida humana, los valores y las normas jurídicas. Por ello, expulsar del seno de la persona “jurídica” tanto a las personas como a los valores carece de asidero en la realidad.

Debemos también tener en cuenta que el Derecho es una disciplina de realidades, donde las ficciones no tienen cabida salvo en casos excepcionales. El atribuir derechos y deberes a una expresión lingüística es una ficción necesaria para facilitar la acción de las organizaciones de personas. El Derecho no es un castillo poblado de fantasmas. Las formas responden a realidades.

Tan es cierto lo anteriormente expresado que el dispositivo legal vigente, artículo 78 del Código Civil, como el texto de enmienda que se propone en el 2006 nos dicen lo que “no es” la persona jurídica pero no nos expresan en qué consiste, cuál es su naturaleza, “qué es”. Ninguna institución jurídica puede dejar de lado, como está dicho, a los seres humanos protagonistas del Derecho. No se puede confundir un recurso de técnica jurídica, como es el desplazamiento formal de derechos hacia una expresión lingüística, con la naturaleza misma de la persona jurídica, en la que están, necesariamente presentes, los seres humanos que la integran, los valores que ellos colectivamente persiguen y las normas que la regulan, incluyendo el importantísimo y útil artículo que desplaza sus derechos y deberes a una expresión lingüística.

### 3.2.2.2. *Segundo párrafo*

Como consecuencia de que la persona “jurídica” es un ente -¿qué clase de ente?- distinto de sus miembros, estos no tienen derecho al patrimonio ni responden por sus obligaciones. Esta disposición, en tanto recurso formal-legal, es aceptable, siempre y cuando se le considere como lo que es: un recurso de técnica jurídica que no tiene por qué desnaturalizar aquello en lo que, realmente, consiste la naturaleza jurídica de la persona “jurídica”. Es decir, una organización de personas, que persigue fines valiosos y que se halla regulada por normas jurídicas, una de las cuales determina el desplazamiento o derivación formal de los derechos y deberes a un centro normativo unitario conocido por una cierta expresión lingüística.

### 3.2.2.3. Tercer párrafo

En el tercer párrafo del artículo propuesto en el 2006 se pone de manifiesto la realidad de la persona “jurídica”. En efecto, en este párrafo se expresa que la realización de actos abusivos o fraudulentos, a través de la persona jurídica, podrán dar lugar a desestimar su calidad de sujeto de derecho. Es decir, que la calidad de persona no le es inherente por lo que se puede desestimar a través de una disposición legal. Ello significa que es una calidad tan solo formal que le es atribuida por el ordenamiento jurídico, sin que sea inherente a ella. No obstante, según lo dispuesto en el proyecto de reforma del proyecto del 2006, solo en este caso, calificado como excepcional cuando no lo es, los “fantasmas” que integran la persona jurídica -desde que las personas que la componen quedan fuera de ella- aparecen en el escenario como lo que realmente son: seres humanos responsables de aquellos actos. ¿No se decía que los miembros de la persona jurídica no eran dueños del patrimonio ni respondían por sus obligaciones?

### 3.2.2.4. Cuarto párrafo

Consideramos como muy breve la prescripción de dos años contados “a partir de la realización del acto”, ya que los actos abusivos o el fraude son actos ilícitos que podrían no ser puestos al descubierto dentro de ese tiempo.

## 4. Omisiones importantes

En la propuesta de la Comisión de Reforma de 2006 se han omitido, según nuestro criterio, algunas enmiendas que son fundamentales dentro del propósito de perfeccionar o corregir defectos en que se incurrió en la redacción del Código Civil de 1984. En la propuesta de 1997 la misma. Ellas son, en nuestro concepto, las siguientes:

### 4.1. Inicio de la vida humana

Artículo 1

Texto vigente:

“La persona humana es sujeto derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Texto de la Comisión de Reforma aprobado unánimemente en 1997:

“1. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos.

2. Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

#### 4.1.1. Primer párrafo

Se debería eliminar el primer párrafo del artículo 1 vigente por cuanto, para muchos, su texto resulta contradictorio con lo que se expresa en el segundo párrafo. En efecto, en el primer párrafo se indica que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, mientras que en el segundo se considera que la vida empieza con la concepción por lo cual el concebido es sujeto de derecho.

Algunos otros estiman que debería eliminarse la expresión “humana”, colocada después de “persona”, y sustituirse por “natural”. Es decir, que la persona natural es sujeto de derecho desde el nacimiento, mientras que el concebido -persona por nacer- lo sea desde la fecundación o concepción.

Somos del parecer que, según lo manifestado en el primer párrafo de este comentario, debería eliminarse el primer párrafo del artículo primero por cuanto es causa de confusión. Así no quedará duda alguna sobre que la vida humana comienza con la fecundación o concepción por lo cual el concebido es “sujeto de derecho”.

#### 4.1.2. Segundo párrafo

En lo que concierne a la redacción del segundo párrafo del artículo 1 vigente, existen tres cuestiones que merecen nuestra atención. En primer lugar, hemos observado a través de los últimos veinte años, ya sea en nuestro ejercicio profesional o como docentes, que muchas personas, incluyendo ciertos letrados o numerosos estudiantes que, por no conocer cuál es el sentido y los alcances jurídicos del concepto “sujeto de derecho”, suelen confundir la condición suspensiva con la resolutoria que aparece en el artículo en relación con la atribución de derechos patrimoniales en favor del concebido.

Dichas personas, por el indicado motivo, interpretan, equivocadamente, siguiendo la tradición cancelada por el Código de 1984 en este punto, que la condición a que se refiere el texto es suspensiva, por lo que el concebido solo sería sujeto de derechos patrimoniales desde el nacimiento. Es decir, cuando ya no es concebido sino “persona natural”. Esta errónea interpretación es contraria a la calidad de “sujeto de derecho”

que corresponde al concebido en tanto ser humano conforme lo establece el artículo bajo comentario. Como se comprende fácilmente, el concebido en tanto sujeto de derecho, no tiene que esperar dejar de serlo para que se le atribuyan derechos patrimoniales. Es decir, que la condición referida en el artículo 1 del Código es resolutoria y no suspensiva. En otros términos, el concebido es sujeto de derechos patrimoniales si no muere antes del parto o en el curso del mismo. Sus derechos patrimoniales se resuelven con su fallecimiento.

Por lo expuesto consideramos que debería aclararse este problema interpretativo para que los lectores del Código, de toda condición, puedan interpretar correctamente que la condición que se hace referencia no es suspensiva sino resolutoria. Para mayor claridad, debería enunciarse que el concebido, en cuanto sujeto de derecho, goza de manera actual de todos sus derechos. Ello tiene carácter didáctico.

La segunda cuestión tiene que ver con el destino del patrimonio del concebido luego de su muerte. Muchos se preguntan sobre esta cuestión por lo que es necesario que el artículo prescriba alguna solución a este problema. En este sentido, debe establecerse, como aparece en la propuesta de 1997, que si el concebido muere, antes o en el parto, sus derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores. En cuanto docentes, solemos graficar con ejemplos esta situación.

Muchos se preguntan, asimismo, sobre el sentido de la frase “El concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece”. Somos de la opinión que este enunciado debe aclararse en el sentido que, solo en cada caso específico, se sabrá qué es lo que favorece o no al concebido. Hay deberes, por ejemplo, cuyo cumplimiento favorece al concebido, hecho que no es de fácil comprensión para un sector de lectores del Código. La pertinencia del hecho la determinará el juez en caso de presentarse algún conflicto interpretativo al respecto.

#### 4.1.3. Nuestra propuesta

Nuestra propuesta es la misma que se aprobó por unanimidad por los integrantes de la Comisión de Reforma en la segunda lectura del Libro Primero entre fines de 1997 y 1998. Su texto, con el que se pretende subsanar, didácticamente, las tres cuestiones antes enunciadas, es el aprobado en 1997 por la Comisión de Reforma y que, inexplicablemente, no se recoge en la propuesta del 2006.

## 4.2. Capacidad de goce

### Artículo 3

Texto vigente:

“Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por ley”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997 y omitido en el 2006:

“Todos tienen el goce de los derechos inherentes al ser humano, salvo las limitaciones a su ejercicio expresamente establecidas por ley”.

#### 4.2.1. Nuestro comentario

Es fundamental la corrección del grave error consignado en este artículo en cuanto a la capacidad de goce. En efecto, no se puede prescribir equivocadamente, como lo hace el actual artículo 3, que la capacidad de goce o de derecho puede ser restringida o limitada por lo que expresamente establezca la ley. Es decir, que no es pertinente, por inexacta, la salvedad contenida en la expresión consignada después de la coma.

La capacidad de goce es inherente al ser humano. Pertenece a su propia estructura existencial. Por ello, todas las personas, sin excepción, tienen la misma capacidad de gozar de todos los derechos que son propios del ser humano. Todas las personas tienen la capacidad de gozar de los mismos derechos. Como esta capacidad es inherente a la persona, es absurdo pretender limitarla o restringirla por ley. A nadie se le puede privar, por ejemplo, del derecho de gozar el ser propietario o del derecho a comer, pues estos derechos son inherentes a la persona, a todas las personas por igual. Lo único que es posible, mediante ley, es limitar el ejercicio de dicha capacidad de goce. De ahí que la Comisión de Reforma aprobó por unanimidad, entre fines de 1997 y comienzos de 1998, el texto transcrito en precedencia.

A título de ejemplo podemos decir que el que la Constitución prescriba que el extranjero no puede ser propietario dentro de los 50 kilómetros de la frontera no significa, como algunos equivocadamente creen, que por ley se le ha despojado de su derecho a ser propietario. Este derecho es inalienable. Lo que la Constitución prescribe es que el extranjero, mientras esté vigente la indicada disposición constitucional, no podrá ejercer su inherente derecho a ser propietario dentro de la señalada franja territorial. Si hipotéticamente algún día se derogase el dispositivo constitucional vigente, no puede afirmarse que se le ha restituido al extranjero su inalienable derecho a

ser propietario, sino que tan solo se le permite su ejercicio, el que había sido suspendido mientras estuviese vigente la respectiva norma legal.

Cabe formular un comentario final. Es necesario eliminar, como se advierte en la propuesta de 1997, la expresión “persona”, por cuanto es limitativa, por la de “ser humano”. Esta permite comprender tanto a la persona “natural” como al concebido en el goce de derechos.

De otro lado, también es recomendable, como se advierte en la propuesta aprobada en 1997, extender al ser humano el goce de todos sus derechos y no limitarlos a los civiles, como lo prescribe el artículo vigente.

#### **4.3. Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales**

##### Artículo 5

Texto vigente:

“El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6”.

Texto aprobado unánimemente por la Comisión en 1997:

“El derecho a la vida, a la libertad, a la identidad, a la integridad psicosomática, a la salud y demás inherentes al ser humano son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión ni de limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6”.

##### 4.3.1. Comentarios

Sugerimos, al efecto de concordar con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución vigente, incluir la identidad entre los derechos fundamentales de la persona. Consideramos oportuno incluir también el derecho a la salud.

Así mismo, con la finalidad de comprender al concebido, se propone sustituir el concepto “persona” por el de “ser humano”.

De otro lado, el concepto “derecho a la integridad física” debe ser sustituido por el de “integridad psicosomática”, a fin de comprender a la psique como objeto de protección jurídica.

#### **4.4. Derecho a negarse a un examen o tratamiento médico**

##### Artículo 11

Texto vigente:

“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”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997:

“1. Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico, salvo disposición legal que establezca su obligatoriedad dentro de los límites del respeto a la persona.

2. 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”.

##### 4.4.1. Comentarios

La Comisión de Reforma aprobó, por unanimidad, entre fines de 1997 e inicios de 1998, incluir un primer párrafo en el artículo 11 conteniendo la regla general por la cual se establece el derecho de la persona a negarse a ser sometida a tratamiento o examen médico. El texto del artículo vigente es la excepción a dicha regla general. Este principio o derecho de la persona, sustentado en su libertad, está inspirado en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947.

#### **4.5. Derecho a la intimidad personal y familiar**

##### Artículo 14

Texto vigente:

“La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997:

“1. Toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad personal y familiar, salvo mandato legal o autorización judicial.

2. El que por cualquier medio perturbare la intimidad de una persona o de su familia, toma indebidamente conocimiento de hechos que corresponden al ámbito privado o los ponga de manifiesto sin su consentimiento, será obligado a cesar en la intrusión, quedando impedido de ulteriores intromisiones. Queda a salvo la pretensión de reparación del daño causado.

3. En caso de desaparición, ausencia o fallecimiento del titular del derecho, el asentimiento será otorgado por su cónyuge, descendientes,



ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

4. El trasgresor no podrá eximirse de responsabilidad aunque demuestre que lo conocido o divulgado corresponde a la verdad.

5. Toda persona tiene derecho a que no se proporcione información que afecte su intimidad personal y familiar, salvo autorización judicial. Esta regla se aplica a cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado”.

#### 4.5.1. Comentarios:

El actual artículo 14 tiene una redacción escueta por lo que es recomendable su ampliación para contemplar todas las hipótesis susceptibles de protección de la intimidad. La simple comparación de ambos textos nos permite percibir cómo en la redacción de 1997 se contemplan las diversas hipótesis en que se puede lesionar la intimidad. Asimismo, se establecen otras disposiciones complementarias que enriquecen la norma y facilitan su aplicación.

Por los argumentos expuestos consideramos que debería enmendarse el actual artículo 14.

#### 4.6. Derecho y deber de llevar un nombre

##### Artículo 19

Texto vigente:

“Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997:

“1. Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye no más de dos prenombrados y los apellidos.

2. El hecho de que alguno o algunos de los prenombrados o apellidos aparezcan escritos de manera errónea, distinta o incompleta en un documento, no afecta la identidad de la persona si es que esta la puede probar, inequívocamente, por otros medios”.

#### 4.6.1. Comentarios

Es conveniente, en nuestro concepto, la sustitución de este numeral por otro en el que se precise tanto el contenido del concepto “nombre” como se determine que no puede ni debe confundirse el derecho al nombre con el derecho a la identidad personal.

Al igual que lo que ocurre en Italia o en Francia, estimamos que “nombre” es un concepto genérico que incluye los específicos conceptos de “prenombre” como el de “apellidos”.

Es necesario dejar constancia en el artículo 19 que el nombre es uno de los múltiples elementos que integran la identidad de la persona. Es, sin duda, el más usual pero no el único. La persona puede probar su identidad, de manera inequívoca, por otros medios. No es posible, por ello, confundir el concepto genérico de “identidad” con el específico de “nombre”.

#### 4.7. Nombre de la mujer casada, separada o divorciada. Caso de nulidad de matrimonio

##### Artículo 24

Texto vigente:

“La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997:

“1. La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Sin embargo, podrá conservarlo de común acuerdo. También podrá conservarlo mediante autorización judicial si con tal apellido hubiere alcanzado notoriedad o prestigio en actividades profesionales, artísticas, literarias u otras análogas.

2. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez”.

#### 4.7.1. Comentarios

Como se advierte del texto del proyectado artículo 24, estimamos necesario proteger jurídicamente la identidad de la mujer que adquiere notoriedad o prestigio en actividades profesionales, artísticas, literarias u otras análogas, en casos de divorcio o nulidad de matrimonio. Por ello, consideramos necesario y oportuno introducir esta enmienda al artículo 24.

#### 4.8. Excepciones al domicilio único

##### Artículo 35

Texto vigente:

“A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos”.

Texto aprobado por unanimidad por la Comisión en 1997:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 33, a la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos”.

#### 4.8.1. Comentarios

A fin de eliminar la contradicción entre lo dispuesto en el artículo 33, que consagra la tesis del domicilio único, con el actual artículo 35 que se refiere al domicilio plural, la Comisión de Reforma aprobó, por unanimidad, la necesaria enmienda de este numeral a fin de dejar constancia de que a esta última disposición debe considerársela como una salvedad a la tesis del domicilio único adoptada por el Código.

#### 4.9. Domicilio conyugal

##### Artículo 36

Texto vigente:

“El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron”.

Texto aprobado por la Comisión, por unanimidad, en 1997:

“El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno. En su defecto, se aplicará lo dispuesto en el artículo 33 para cada cónyuge”.

#### 4.9.1. Comentarios

Somos del parecer que es conveniente eliminar, tratándose de los cónyuges separados que tienen domicilios diferentes, la innecesaria ficción contenida en el artículo 36. En este caso hay que atender a la realidad, siendo de aplicación, por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 33. Es decir, que el domicilio de cada uno de ellos es, en concordancia con el artículo 33, una vez separados, su residencia habitual.

#### 4.10. Domicilio de los funcionarios públicos y de residentes temporales en el extranjero

##### Artículo 38

Texto vigente:

“Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.

El domicilio de las personas 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”.

Texto aprobado, por unanimidad, por la Comisión en 1997:

“1. Se considera como domicilio del funcionario público, solo para todo lo concerniente al cargo, el lugar donde lo ejerce, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33.

2. El domicilio de las personas que residen temporalmente fuera del país, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el de su residencia habitual en el extranjero”.

#### 4.10.1. Comentarios

Es necesario concordar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 38 con el numeral 33 que se refiere al domicilio como aquel en que se tiene la residencia habitual. Es decir, eliminar la innecesaria ficción de considerar que su domicilio en el extranjero “es el último que tuvieron en el territorio nacional”. Esto no es cierto, es contrario a la realidad, al principio del domicilio único que es el que se refiere a la residencia habitual en algún lugar. Mientras se permanece en el extranjero por un determinado tiempo, el domicilio del nacional es aquel en el cual realmente reside.

#### 4.11. Alcances y efectos de la desaparición

##### Artículo 47

Texto vigente:

“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 procedimiento no contencioso.

No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público”.

Texto, aprobado por la Comisión, por unanimidad, en 1997:

“1. Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, se puede solicitar la designación de un curador interino. La solicitud se tramita con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público.

2. No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante con facultades suficientes”.

#### 4.11.1. Comentarios

El texto original del artículo 47 del Código Civil de 1984 no contenía plazo alguno para solicitar la designación de curador interino. Bastaba, para ello, que el desaparecido no se hallara en el lugar de su domicilio y se careciese de noticias sobre su paradero. Inexplicablemente, la Comisión que elaboró el Código Procesal Civil vigente introdujo el plazo de más de sesenta días para solicitar la designación de curador interino, apartándose de este modo de su específico cometido que era la redacción de un nuevo Código Procesal Civil.

La Comisión de Reforma fue del parecer que era necesario, para proteger oportuna y adecuadamente los intereses y bienes del desaparecido, no esperar que transcurran 60 días desde que no se tuvo noticias de su paradero y se careciese de noticias del mismo. Acordó, por ello, retornar a la versión original del Código, eliminando dicho innecesario y arbitrario plazo.

El texto aprobado por la Comisión permite proteger los intereses y bienes del desaparecido desde el momento mismo en el cual no se tiene noticias de su paradero. No se justifica ninguna dilación riesgosa y arbitraria. En los 60 días de innecesaria espera pueden perjudicarse los intereses y bienes del desaparecido.

De otro lado, se simplifica el texto del artículo vigente al prescribirse que cualquier interesado o el Ministerio Público pueden solicitar la designación de curador. Cuando están en juego los intereses de una persona no se justifica limitar el número de personas legitimadas para solicitar la protección inmediata de tales intereses.

#### 4.12. Casos de declaración de muerte presunta

Artículo 63

Texto vigente:

“Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurridos 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”.

Texto aprobado por la Comisión, por unanimidad, en 1997:

“Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias del desaparecido o de tres si este tuviera más de ochenta años.

2. Cuando haya transcurrido un año 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 la muerte esté verosímelmente acreditada sin que el cadáver haya sido encontrado o identificado.”

#### 4.12.1. Comentarios

La Comisión consideró, en 1997, que los plazos para solicitar la muerte presunta eran muy extensos por lo que convenía abreviarlos. En este sentido, en el primer punto se rebajó de diez a cinco años el plazo para declarar la muerte presunta desde las últimas noticias del desaparecido y, a tres, si este tuviere más de ochenta años.

De otro lado, en el segundo punto se rebajó de dos a un año el plazo en referencia cuando la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, corriendo el plazo a partir de la cesación de dicho evento.

Finalmente, en el tercer punto se sustituyó, por inadecuada, la expresión “certeza”, para referirse a la muerte sin que el cadáver haya sido encontrado o reconocido. En efecto, solo existe certeza de la muerte cuando se está frente al cadáver. Lo pertinente, como se prescribe en la enmienda correspondiente, es referirse al caso en el cual la muerte esté “verosímelmente acreditada” en ausencia del cadáver.<sup>AB</sup>