

**EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984:  
SU ELABORACIÓN, SUS APORTES,  
LAS ENMIENDAS QUE RECLAMA**

**THE 1984 PERUVIAN CIVIL CODE:  
ITS ELABORATION, CONTRIBUTIONS AND THE  
AMENDMENTS IT REQUIRES**

**Carlos Fernández Sessarego\***  
**Universidad Nacional Mayor de San Marcos y**  
**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS**

*In 1965 a Reforming Committee, formed by the leading specialist teachers in each of the books of the Civil Code, was created for reviewing the Peruvian Civil Code of 1936. After about twenty years, the effort of the hard work of the committee resulted in the enactment of the 1984 Civil Code, which we currently use and know.*

*In this article, the author shares his experience as a legislator, emphasizing new and important aspects included in the Civil Code of 1984. He also proposes possible amendments to the First Book of the current Civil Code, such as the incorporation of standards related to Genetics, a comprehensive review of the subject related to legal capacity, reviewing the subject regarding foundations, among others.*

**KEY WORDS:** *Reforming Committee; Law of Persons; legal capacity; legal entity; amendment.*

*En 1965, se creó una Comisión Reformadora, conformada por los más destacados profesores especialistas en cada uno de los libros que componen el Código Civil, encargada de revisar el Código Civil peruano de 1936. Después de aproximadamente veinte años, el esfuerzo del arduo trabajo de la Comisión dio como resultado la promulgación del Código Civil de 1984, que actualmente conocemos y usamos.*

*En el presente artículo, el autor nos cuenta su experiencia como legislador, haciendo énfasis en los nuevos aspectos incorporados y la importancia de la promulgación del Código de 1984. Asimismo, propone posibles enmiendas al Libro I del Código actual, tales como la incorporación de normas relacionadas con la Genética, la revisión integral de la temática referente a la capacidad jurídica, la revisión de la temática sobre fundación, entre otras.*

**PALABRAS CLAVE:** *Comisión Reformadora; Derecho de Personas; capacidad jurídica; persona jurídica; enmienda.*

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Ex Ministro de Justicia y Culto. Director fundador del Banco de la Nación del Perú. Creador y Primer Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. Ponente del Libro Primero, sobre Derecho de las Personas, del Código Civil de 1984. Miembro de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984. Coordinador de las Sub-comisiones de Título Preliminar, Derecho de las Personas y Responsabilidad Civil. Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la UNMSM. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Contacto: fsessarego@speedy.com.pe

## I. INICIO DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El 1 de marzo de 1965, veintidós días después de haber jurado, el 8 de febrero, quien esto escribe como Ministro de Justicia, el Presidente Fernando Belaunde firmó el Decreto Supremo 95, con el que se creaba una Comisión “que se encargará del estudio y revisión del Código Civil”. El Código se promulgó el 14 de noviembre de 1984. El proceso había durado casi veinte años. Si a estos años le sumamos los treinta que cumple el Código Civil en el presente año, comprobamos que ha transcurrido medio siglo desde que se inició la ambiciosa y ardua tarea de darle al Perú un cuerpo de leyes acorde con los tiempos, labor a la cual estamos vinculados durante ese período.

Cincuenta años que nos han permitido contemplar que el Código Civil ha funcionado sin mayores dificultades. No obstante ello, no podemos dejar de mencionar que está pendiente una necesaria puesta al día, lo que no hemos obtenido lograr desde 1991, año en que empezaron nuestros esfuerzos y reclamos para irlo actualizando, permanentemente, al compás del acontecer de la vida social. En nuestro libro “Los 25 años del Código Civil peruano de 1984”<sup>1</sup>, o en el otro titulado “Derecho de las Personas”, encontrarán los lectores las enmiendas propuestas que formulamos para lograr dicha finalidad hasta este momento histórico.

A partir de la novena edición del “Derecho de las Personas”, publicada en el 2004, se incorporaron, a continuación del texto de cada uno de los artículos del Código Civil, las enmiendas proyectadas y aprobadas, entre octubre de 1997 y marzo de 1998, por la Comisión oficial encargada de elaborarlas, en su segundo período de sesiones. A partir de la novena edición, publicada en el 2007, se incorporaron también aquellas que, en menor número, propusiera la Comisión en referencia en su tercer período de sesiones entre el 2003 y el 2006. En la décimo segunda edición, del 2012, se incorporan nuevos comentarios en la parte introductoria del libro<sup>2</sup>.

La primera Comisión Redactora del Código estuvo compuesta por los ocho más destacados profesores especialistas en cada uno de los Libros que componen el Código, por un representante de la Corte Suprema y por uno de los más destacados abogados del foro limeño. **Nos tocó presidir, en nuestra calidad de Ministro de Justicia, este primer grupo de juristas del que soy el único sobreviviente.** Fueron miembros de esta Comisión los más destacados profesores de Derecho Civil de las universidades tanto de San Marcos como de la Universidad Católica. Integraron este primer grupo los profesores José León Barandiarán, Jorge Vega García, Rómulo Lanatta, Ismael Biélich Flores, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Máx Arias-Schreiber y Carlos Fernández Sessarego. La Corte Suprema designó como su representante al doctor Alberto Eguren Bresani. El abogado Félix Navarro Irvine fue designado para contar en el seno de la Comisión con un notable y experimentado jurista del foro limeño.

Los miembros que en cada ocasión dejaban de acompañarnos fueron reemplazados por un nuevo especialista perteneciente al área del Derecho que cultivaba el jurista desaparecido.

En octubre de 1982, inicia su trabajo una Comisión Revisora del Proyecto de Código compuesta por nueve miembros, de los cuales seis eran congresistas y tres eran abogados. Concluido el Proyecto, el Código Civil fue promulgado el 28 de julio de 1984, entrando en vigor el 14 de noviembre del mismo año.

En la primera sesión de la Comisión Redactora del Código Civil, conocida como la Comisión Reformadora, sometimos a debate si el propósito de los miembros era proyectar algunas enmiendas al Código Civil de 1936 o si se creía más bien conveniente elaborar un nuevo texto legal. Oídos los argumentos expuestos por cada uno de sus integrantes sobre la cuestión, se puso a votación. Ocho votaron por la elaboración de un nuevo Código y dos se abstuvieron hasta observar como progresaban los trabajos de la Comisión. Al poco tiempo de haberse iniciado la labor de redacción de un nuevo cuerpo de leyes, estos últimos se convencieron de

<sup>1</sup> El libro “Los 25 años del Código Civil peruano de 1984” se publicó en Lima, en el 2009, por Motivensa. Este texto contiene la historia, la ideología, los aportes, comentarios críticos y, en particular, un amplio análisis y comentario de las enmiendas propuestas por la Comisión oficial encargada de esta tarea en sus sesiones 1997-1998 y 2003-2006.

<sup>2</sup> La décimo segunda edición del libro “Derecho de las Personas” se publica en Lima, en el 2012, por Motivensa.

la necesidad de proyectar un nuevo Código Civil y colaboraron con la mayor dedicación<sup>3</sup>.

Lamentablemente, después de pocos meses de trabajo de la Comisión, dejó de concurrir a las sesiones, sin anuncio ni renuncia previa, el profesor Jorge Eugenio Castañeda, quien fuera entusiasta partidario de la redacción de un nuevo Código Civil. Con el transcurso del tiempo cambiaría de opinión, convirtiéndose en un notorio opositor a la dación de un nuevo cuerpo civil.

## II. ¿CÓMO Y CUÁNDO SE CONCIBE LA NECESIDAD DE PROYECTAR UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

En el curso de los treinta años de vigencia del Código Civil nos han preguntado, en varias ocasiones, por las razones que nos llevaron a presentar al Presidente de la República para su suscripción un Decreto Supremo creando una Comisión para enmendar el Código Civil de 1936.

Nuestra experiencia y conocimientos adquiridos como profesor del curso de “Derecho Civil Comparado y Especial”, que empezamos a dictar a los treinta años de edad, en 1956, en la Sección Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, nos permitieron pensar y luego desear la renovación integral del Código Civil de 1936, confeccionado de conformidad con el pensamiento individualista-patrimonialista dominante en el siglo XVIII, recogido en el Código Civil de los franceses de 1804 y, en ciertos tramos, con la técnica empleada por el Código Alemán de 1900.

El de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que era en aquel tiempo el único doctorado que funcionaba en el país –en aquellos años no existían las Maestrías– nos obligó a abandonar la enseñanza que desde 1951 ejercíamos en la Universidad Católica para concentrarnos en una intensa y fatigosa preparación de una materia jurídica tan compleja como el Derecho Civil Comparado y de nivel doctoral.

En el curso de casi una década de enseñanza, de revisar y estudiar los más importantes Códigos Civiles, como los de Francia de 1804, Alemania de 1900 e Italia de 1947, de revisar la más moderna doctrina y, sobre todo, de analizar la jurisprudencia comparada más actual, llegamos al pleno convencimiento que el Perú requería de un nuevo Código Civil acorde con las ideologías, tendencias y técnicas jurídicas del siglo XX y con proyección al futuro.

Fue por ello que, para fundamentar nuestra posición, decidimos escribir tantos ensayos como Libros tenía el Código Civil de 1936, con el propósito de presentar sus vacíos, sus deficiencias y su obsolescencia en ciertos sectores del mismo, así como proponer los cambios e incorporaciones que, a nuestro criterio, se debían realizar.

En 1964 se imprimió el primer ensayo que trataba sobre el contenido del Libro del Derecho de las Personas, cuyo el título era “Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano”<sup>4</sup>. El escrito tuvo buena acogida. Se señaló por algunos acuciosos comentaristas que era la primera propuesta concreta que se hacía en el Perú para modificar el Código Civil de 1936. Se publicó en varios libros y revistas. El “Mercurio Peruano”, la más importante revista cultural de aquellos años, editó una separata del mismo publicada en Lima en mayo-junio de 1964.

Cuando teníamos algunas cuartillas escritas del siguiente ensayo, que trataba sobre el Acto Jurídico, fuimos llamados, como está dicho, en febrero de 1965, a desempeñar el Ministerio de Justicia. Esta absorbente tarea nos impidió seguir escribiendo los ensayos que habíamos programado para justificar la dación de un nuevo Código Civil.

Todo el esfuerzo realizado por casi una década de estudiar y enseñar Derecho Comparado nos llevó a la convicción que había que darle al Perú un nuevo Código Civil. Felizmente, ella se hizo realidad y, después de casi veinte años de minucioso y arduo trabajo, se promulgó el

<sup>3</sup> Nos referimos a los profesores Héctor Comejo Chávez y Max Arias-Schreiber Pezet, destacados especialistas en Derecho de Familia y Contratos, respectivamente.

<sup>4</sup> Se publicó en varias sedes como en el “Mercurio Peruano” (Lima: Mayo-junio. 1964); en el “Boletín del Instituto de Derecho Comparado del Perú” (Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1965); en los libros “Nuevas orientaciones del derecho” (Lima: Colegio de Abogados de Lima. 1965); y en “La persona en la doctrina jurídica contemporánea”, del autor de este trabajo (Lima: Universidad de Lima. 1984).

Código Civil que hoy nos rige desde noviembre de 1984. No fue el producto de un capricho, de una improvisación, sino el serio resultado del análisis del Código de 1936 tendente a su sustitución y el de tener a la vista ideas y modelos para su sustitución por otro de acuerdo con los tiempos. Fue así que se realizó un sueño que parecía imposible de convertirse en realidad.

### III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y LAS RAZONES QUE SUSTENTABAN SU SUSTITUCIÓN POR UN NUEVO TEXTO LEGAL

El Código Civil de 1936 tenía como sustento una ideología individualista y patrimonialista que se refleja en su articulado. Esta mentalidad, de carácter sustancialmente egoísta, desconoce o no valora debidamente los derechos de las demás personas con las cuales se convive, en exclusivo beneficio del titular de un derecho subjetivo<sup>5</sup>. Su nota patrimonialista deriva de una actitud carente de valores de justicia, solidaridad y seguridad, que se concreta en la protección de la propiedad como si fuera el elemento central del Derecho, el ente a proteger prioritariamente.

Dicha obsoleta mentalidad individualista-patrimonialista inspira todos los códigos civiles derivados del Código Civil de los franceses de 1804, incluyendo los peruanos de 1852 y 1936. El Código de Napoleón prescribe que la propiedad es “absoluta, inviolable y sagrada”, calificativos que, por supuesto, no se conceden tratándose de la persona humana. Por lo demás, es una fórmula carente de fundamento. En efecto, no existe derecho subjetivo que, en el momento de su ejercicio de parte de su titular, no esté limitado por diversos deberes. En la actualidad, está clara la idea de que en todo derecho subyacen deberes y de que todo deber conlleva derechos<sup>6</sup>.

Por lo expuesto, no se puede sostener que el ejercicio de un derecho subjetivo sea absolu-

to, o que no ofrezca limitaciones. El principal deber que aparece en todos los derechos, sin excepción, es el de no dañar. Aparte de este deber genérico, cada derecho subjetivo tiene diversos deberes que limitan su ejercicio. Así, por ejemplo, logramos introducir esta situación en el artículo 19 del Código Civil, en el cual se reconoce y prescribe que: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”. Por lo tanto, nadie puede usurpar el nombre ajeno, así como el titular del derecho, por su parte, tiene el deber de no modificarlo, salvo autorización judicial, pues él constituye el principal elemento empleado para identificar a la persona en sociedad.

De otro lado, no existen derechos inviolables. Todos son susceptibles de ser desconocidos, hasta el de la vida y la libertad. La inviolabilidad es tan solo una aspiración ética. Y lo de sagrado no es un calificativo que se pueda prioritariamente conceder a los bienes materiales. Si existiese un ente sagrado en el mundo, este sería el ser humano. Muchas de las religiones que conocemos conceden este privilegio al ser humano.

El Código de 1936 recogía en su articulado la ideología individualista-patrimonialista que sustenta todos los códigos civiles actualmente vigentes en mundo, aunque la jurisprudencia, en ciertos países, atenúe esta corriente de pensamiento. El egoísmo es la actitud que sustancialmente lo nutre. El valor de la solidaridad no aparecía en su horizonte. La protección de la persona no era vigorosa sino débil, prácticamente casi no aparecía en su articulado. Toda la preocupación del codificador, siguiendo la tradición de su tiempo, estuvo concentrada en la protección de la propiedad.

Es así que, sorprendentemente, en el Código Civil de 1936 no aparece en su articulado la protección, por ejemplo, de la vida, ni de la libertad; ni de la integridad psicosomática. Esta básica

<sup>5</sup> Emmanuel Mounier, el connotado pensador francés, describe el individualismo “como un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza el individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa”. Y añade: “Fue la ideología y la estructura dominante de la sociedad burguesa occidental entre los siglos XVIII y XIX”. Se refiere a él como el “régimen de civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia. Es la antítesis misma del personalismo y su adversario más próximo”. Este pensamiento se haya en la obra de Mounier. Ver: MOUNIER, Emmanuel. “El personalismo”. Decimosegunda edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1962.

<sup>6</sup> Esta visión de los derechos y deberes ha sido estudiada en el siglo pasado especialmente por Roubier, en Francia; y Frosini, en Italia. Esta nueva concepción se ha dado en llamar “situación jurídica subjetiva”. Nos referimos a dicho nuevo concepto en nuestro libro: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho”. Buenos Aires: Astrea. 1992. pp. 54 y siguientes. Ver, además: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho”. Segunda edición. Lima: Grijley. 1999. pp. 49 y siguientes.

protección estaba increíblemente ausente en su texto. No resultan tampoco protegidos otros derechos básicos de la persona como su intimidad o su honor. La pobreza del Libro Primero del Código de 1936 es desconcertante. Sólo se protegen ciertos derechos como el nombre o el domicilio. Aparte de ello se trata, en forma desafortunada, la capacidad, y se regula lo atinente a los registros del estado civil. Como anotábamos, se tutela el nombre y el domicilio mientras que, extrañamente, se silencia la protección de la vida y de la libertad que la sustenta.

El Libro del Derecho de las Personas del Código Civil de 1984, en cambio, prescribe básicamente la protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad psicosomática y del honor. Es de hacer notar que este Código protege la “libertad”, a secas, mientras que la Constitución de 1979 protege “el libre desenvolvimiento de la personalidad”. Pero, para proteger este libre desenvolvimiento de la “personalidad” se requiere previamente proteger la libertad, en cuanto ser del hombre, así como a la persona que posee personalidad, que es la “manera de ser” con la que se presenta el ser humano ante el mundo. En igual sentido, sin proteger expresamente la libertad, la Constitución de 1993 tutela “el libre desarrollo y el bienestar”.

Sospechamos que los que trabajaron ambas constituciones no llegaron a tener precisa la realidad de que el ser del hombre es la **libertad**. Que lo que lo hace ser humano es su libertad constitutiva, diferenciándolo de los demás entes del planeta. De ahí que lo primero que se debe proteger en un texto del nivel de la Constitución o del Código Civil es la libertad, la que nos permite vivir como seres humanos y no meros chimpancés.

El Libro Primero del Código de 1936, dedicado al Derecho de las Personas, inicia su articulado con un grave error cuando enuncia que el nacimiento determina “la personalidad” cuando era ya, en aquel tiempo, científicamente sabido que es la concepción la que origina la presencia del ser humano. El segundo error, propio también de la época, fue el de confundir —como lo hacían los demás códigos civiles del mundo— el concepto “persona”, equivalente a ser humano, con el de “personalidad”, que es la manera como este se manifiesta en la vida social. Es decir, cada persona tiene una propia personalidad, que es la proyección de la manera de ser de la persona hacia el mundo exterior.

El Código Civil de 1984 supera ambos errores y es así que, precursoramente en la codificación civil comparada, deja sentado que se es la persona desde el instante de la concepción o fecundación, que es el momento en el cual se fusionan los núcleos del espermatozoide con el del óvulo. Es decir, el instante de la singamia. De otro lado, en el articulado del Libro Primero del vigente Código Civil se hace referencia a los derechos de la persona, dejando de lado la equivocada tradición imperante de atribuirlos a la personalidad, que es, como está dicho, la manera de ser de aquella.

Aparte de dichas básicas carencias —como las de no proteger la libertad y la vida, o de los errores, como los cometidos al señalar que el nacimiento es inicio de la persona en cuanto sujeto de derecho o de confundir conceptos diferentes, como los señalados, de “persona” y de “personalidad”—, el Código Civil de 1936 mostraba una pobreza extrema.

No se regulaban cuestiones medulares como, por ejemplo: (i) La precisión de cuáles son los sujetos de derecho regulados por el Código; (ii) referirse a que la muerte pone fin a la personalidad; (iv) considerar la existencia de restricciones a los derechos de la mujer casada; (v) la de determinar que el elemento subjetivo “ánimo” es el que constituye el domicilio y no la objetiva realidad del hecho de la residencia en un lugar; (vi) la no regulación de los actos de disposición del propio cuerpo y del cadáver; y, (vii) la de no proteger derechos como el de la intimidad, la imagen, la voz, el secreto y reserva de las comunicaciones.

El Código Civil de 1936 no hacía referencia a: (i) La muerte presunta; (ii) al derecho del autor y del inventor; (iii) no regulaba la organización de personas no inscrita, considerándola como un hecho ajeno al Derecho, como un ente irregular; (iv) no normaba lo referente al nombre de la mujer casada, el de los hijos, ni el seudónimo; (v) la regulación del domicilio era diminuta y contenía errores; (vi) no se contemplaba lo atinente a la desaparición y la ausencia; y, (vii) se ignoraba lo concerniente al reconocimiento de existencia.

Las referencias anteriores representan una breve e incompleta enumeración de ostensibles vacíos, errores y carencias del Código derogado. El mundo había cambiado, ya no era el mismo en el cual, en el siglo XIX, se empezó a elaborar el Código Civil de 1936. Recuerde-

se que este Código se redacta antes de 1948, año en el que se difunde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pertenece, por ello, al tiempo en el cual se ignoraba la protección preventiva, integral y unitaria de la persona humana. Toda la atención de los juristas de aquel tiempo, herederos de una mentalidad del siglo XVIII en materia jurídica, se circunscribía a la tutela del bien preciado de la propiedad.

Lamentablemente, persiste en nuestro tiempo, en un todavía importante sector social, el afán prioritario de proteger el derecho de propiedad sobre el derecho a la vida y a la libertad del ser humano. Prueba de ello lo encontramos, inclusive, en la vigente Constitución peruana de 1993. El artículo 70 de este cuerpo legal afirma que “el derecho de propiedad es inviolable”. Por cierto, este término no se emplea cuando se regulan los derechos fundamentales de la persona, desde que es sabido que todos los derechos son susceptibles de ser violados.

Los que se oponían a la redacción de un nuevo Código Civil argumentaban, tomando como ejemplo el Código de Napoleón, el cual en aquellos años tenía más de 200 años de promulgado, que se mantenía vigente. Los que esto sostenían no se habían percatado que este cuerpo legal se había renovado y puesto al día por la valiosa acción combinada de la jurisprudencia y de la oportuna legislación. Cuando, en 1964, con oportunidad de un viaje a París, le pregunté al Decano de la Facultad de Derecho de La Sorbona sobre cuál era la razón por la cual, poseyendo avanzado un proyecto de Código Civil, no se procedía a la sustitución del antiguo Código de Napoleón, el Decano, esbozando una leve sonrisa que no puedo olvidar, me respondió que el orgullo de los franceses de haber dado al mundo el primer Código les impedía modificar su “carátula”.

Lo dicho por el mencionado Decano me hizo recordar lo acontecido en Lima con una bella

casona con balcones coloniales ubicada en el jirón Callao. Una empresa, que por aquella época proveía de energía eléctrica a nuestra ciudad, había remodelado, con materiales de construcción empleados en nuestros días, todo el interior de la casa adaptándolo a sus necesidades comerciales. Sin embargo, no habían tocado la fachada, la cual mantenía su estilo auténticamente limeño.

Debemos tener presente que, según nuestra óptica, el Derecho se encuentra en un momento de transición entre dos épocas, entre dos concepciones del hombre y la vida. Se va dejando atrás, lentamente, con tropiezos y resistencias, una visión individualista-patrimonialista de nuestra disciplina jurídica por una que considera indispensable sustituirla por una concepción humanista-personalista. Se aspira a la humanización del Derecho; a sostener que su finalidad es la protección prioritaria del ser humano, de la persona, sobre la propiedad o de cualquier otro ente del mundo en el cual vivimos<sup>7</sup>.

El cambio en acto no sólo se refiere a los supuestos del Derecho, sino que supone la revisión y puesta al día de toda la institucionalidad jurídica. Este movimiento ya se inició, cuestionándose, por ejemplo, temas sobre la subjetividad jurídica, la autonomía de la voluntad, la persona jurídica, la responsabilidad civil, la antijuridicidad, entre otros. De esta cuestión nos referimos más adelante.

#### IV. APORTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984 A LA DISCIPLINA JURÍDICA UNIVERSAL

Diversos estudiosos y comentaristas, tanto extranjeros como nacionales, de nuestro Código Civil de 1984, reunidos en Lima hasta en tres Congresos Internacionales celebrados en 1985, 1988 y 1994, analizaron y elogiaron dicho cuerpo de leyes por sus originales aportes tanto a la dogmática universal como a la codificación civil comparada<sup>8</sup>. Recordamos las opi-

<sup>7</sup> Sobre el tema de la transición del Derecho entre dos momentos históricos, puede consultarse nuestro trabajo: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El Derecho en un período de transición entre las épocas”. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVI. Trujillo. Enero-marzo 1996. Ver, además: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El Derecho en tiempos de transición entre dos eras”. En: Anuario del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de los Andes. Mérida. 1992-1993.

<sup>8</sup> Existen volúmenes que recogen todo lo acontecido en tales certámenes internacionales, así como los trabajos que se expusieron y debatieron. Del Congreso celebrado en 1985, puede verse: “El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”. Lima: Cultural Cuzco. 1986. Del reunido en 1988, puede consultarse: “Tendencias actuales del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano”. Lima: Cultural Cuzco. 1990. En cuanto al tercer evento, celebrado en 1994, puede tenerse a la vista: “Diez años. Código Civil peruano. Balance y perspectivas”. Lima: W.G. Editor y Universidad de Lima. 1995.

niones de conocidos juristas como Pietro Rescigno, Francesco D. Busnelli, Fernando Fueyo Laneri, Atilio A. Alterini, Max Arias-Schreiber, entre otros<sup>9</sup>.

#### A. El personalismo jurídico como inspirador del Código Civil peruano de 1984

El importante y singular aporte que distingue a nuestro Código Civil de los demás cuerpos de leyes que se hallan vigentes en la actualidad, es el haberle otorgado preeminencia a una concepción humanista-personalista del Derecho, en sustitución de aquella de corte individualista-patrimonialista que, inspirada en el Código Civil francés de 1804, es recogida por los códigos civiles que lo tomaron como modelo y que se mantiene hasta nuestros días. Se debe a la doctrina y a la jurisprudencia de algunos de estos países de haberse ido alejando del pensamiento del siglo XVIII para abrirse a una corriente personalista.

Se debe a la nueva visión personalista, que guarda concordancia con la realidad de la vida, el cambio radical en el enfoque de la disciplina jurídica. Ya no es la propiedad el ente prioritario a proteger por el Derecho, sino lo es el ser humano, la persona humana. El ser humano, no podemos olvidarlo, es el creador, el protagonista y el destinatario del Derecho. Es su centro y su eje. La finalidad del Derecho es la de proteger la libertad de cada persona, dentro del bien común, para que, con la dignidad que le es inherente pueda, efectivamente, vivir como un ser libre. Es decir, tener las oportunidades que le permitan proyectar su vida, trazar su personal destino en el mundo que le ha tocado vivir.

La afirmación central del personalismo es la existencia de seres libres y, por lo tanto, creadores. Es una filosofía que nos ofrece una nueva visión del ser humano, como un “ser libertad”, y del mundo. No es un sistema cerrado de ideas.

El artículo 1 de la derogada Constitución peruana de 1979 reconocía la preeminente situación del ser humano cuando enunciaba que: “La persona humana es el fin supremo de

la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. Esta prescripción, inspirada en el Anteproyecto del Código Civil de 1984, publicado con anterioridad, afirma que la persona es el centro y la razón de ser del Derecho. Los bienes materiales, incluyendo la propiedad, son solo instrumentos –y no fines– indispensables para vivir.

La concepción personalista desplaza del Derecho la tradicional ideología, de corte individualista-patrimonialista, en la cual la propiedad ocupaba, increíblemente, el lugar preferente en cuanto a la protección dispensada por la disciplina jurídica. Es decir, un instrumento, como es la propiedad, pretendía sustituir a la persona en esta central posición de la disciplina jurídica.

El Código Civil peruano de 1984, como lo sostienen sus analistas y comentaristas, principalmente extranjeros, es el primero que adhiere al personalismo jurídico. Con ello, rompe una tradición que, como se ha apuntado, empieza con el Código Civil de los franceses de 1804. Hemos recordado en precedencia que, para este cuerpo de leyes, el derecho de propiedad es el único al cual se refiere como “absoluto, inviolable y sagrado”, calificativos que, ciertamente, no se dispensan a la persona humana.

#### B. La recepción del tridimensionalismo jurídico en el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984, aparte de lo anteriormente señalado, contiene otros aportes a la dogmática jurídica universal, por lo que ha sido reconocido como un innovador cuerpo de leyes. Pueden señalarse, para el efecto, dos de estas originales contribuciones a la literatura jurídica. Ellas son la “Teoría Tridimensional del Derecho” y la “Teoría del daño al proyecto de vida”, ambas provenientes del Perú.

La “Teoría Tridimensional del Derecho”, una de las creaciones jurídicas aparecidas simultáneamente en el Brasil y en el Perú a mediados del siglo XX, la hallamos recogida por algunos de los dispositivos del Código de 1984. Esta teoría, como se sabe, sostiene que el objeto de estudio del Derecho es el resultado de la

<sup>9</sup> Las opiniones de estos juristas pueden encontrarse en los diversos libros que recogen los trabajos de los tres Congresos Internacionales celebrados en Lima en torno al Código Civil peruano de 1984. Así, el pensamiento de Rescigno, Alterini, Fueyo Laneri, Sandro Schipani, Max Arias Schreiber, Juan Espinoza Espinoza, y otros puede verse en el libro del autor de este trabajo: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Los 25 años del Código Civil peruano de 1984”. Lima: Motivensa 2009. pp. 158 y siguientes.

interacción de: (i) Vida humana social; (ii) valores; y, (iii) normas jurídicas. Ninguno de estos tres elementos constituyen, por sí solos, el objeto del Derecho pero, sin embargo, ninguno de ellos puede faltar cuando se le menciona. El problema es determinar, ya sea entre estas tres opciones o bajo otra fórmula, cuál es el objeto de estudio del Derecho.

Los artículos 80, 99, 111 y 134, cuando describen lo que constituye la asociación, la fundación, el comité, y las comunidades campesinas y nativas, recogen el claro aporte de la teoría tridimensional. Ello se percibe cuando dichos numerales de nuestro Código Civil se refieren a dichas instituciones como “organizaciones de personas” que, dentro de un proceso interactivo, persiguen valores y están reguladas por normas jurídicas.

Encontramos, así, la interacción de estas tres dimensiones cuando se hace referencia a cualquiera de tales instituciones. Ninguna de ellas puede estar ausente; sin embargo, y como está dicho, ninguna de ellas, por sí sola, da cuenta de lo que es una “persona jurídica”. Este aporte permite superar la absurda teoría, aún imperante vigente en el artículo 78 del Código Civil de 1984, que pretende construir un sujeto de derecho, como es la persona jurídica, sin personas, ni valores, ni patrimonio. Es decir, un puro ente espectral, ideal, fantasmal.

### C. La reparación del “daño al proyecto de vida” como una de las modalidades o especies del “daño a la persona”

El otro aporte del Código Civil de 1984 a nivel de la dogmática universal es el constituido por la obligatoriedad de la reparación del daño al proyecto de vida. Nuestro Código de 1984 incorpora, revolucionariamente, en su artículo 1985, la institución del daño a la persona, en la cual, entre sus múltiples modalidades o especies de daños que se puedan inferir al ser humano, ocupa un lugar preeminente la reparación del daño al proyecto de vida. La incorporación del daño a la persona, que por primera vez realiza el Código Civil peruano de 1984, obliga a una integral revisión del capí-

tulo de la responsabilidad civil. Se perfila en el futuro, en su sustitución, un Derecho de Daños en el cual, como debe ser, la persona ocupa un lugar central.

La importancia del daño al proyecto de vida deriva de que el proyecto de vida recoge, nada menos, que el sentido o razón de ser que cada persona otorga a su existencia. El ser humano, en tanto libre, traza su destino, es decir, lo que ha decidido ser y hacer con y en su vida.

Un daño al sentido de la vida, a su razón de ser, es de suma trascendencia y lleva a la persona a un vacío existencial, el cual, en personas de personalidad poco robusta o que carece de incentivos para seguir viviendo, puede llegar hasta el suicidio. Es el caso de la frustración total del proyecto original o auténtico escogido por la persona para otorgarle un sentido a su vivir. En otras circunstancias, un daño al proyecto de vida menoscaba su realización, la dificulta o limita, aunque no pierda la posibilidad de continuar con dicho proyecto. No son pocos los casos en el que un daño al proyecto de vida puede retardar su ejecución<sup>10</sup>.

### V. APORTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984 A LA CODIFICACIÓN CIVIL

Son varios los aportes del Código Civil de 1984 a la codificación civil de nuestro tiempo, los que han sido destacados por sus comentaristas tanto nacionales como extranjeros. El más importante de ellos es el haber considerado la existencia de cuatro sujetos de derecho en vez de los dos tradicionales, como eran la persona natural o física y la persona jurídica. El Código Civil de 1984, por primera vez a nivel de la codificación civil regula, al lado de los dos tradicionales sujetos de derecho, tanto lo concerniente al concebido, o ser humano por nacer, como a lo que atañe la organización de personas no inscrita, conocida tradicionalmente como “de hecho” o “irregular”.

Al lado del anteriormente mencionado, encontramos otros aportes como los que se refieren a los actos de disposición del propio cuerpo; la nueva concepción tridimensional de la perso-

<sup>10</sup> Tenemos escritos más de treinta ensayos a través de los cuales se fue diseñando y construyendo la institución del daño al proyecto de vida como una de las modalidades o especies del amplio y genérico daño a la persona. Además, existen libros y ensayos de diversos autores de diferentes países en los que se tratan dichos temas. No los citamos pues son ellos numerosos. No obstante, nos reduciremos a mencionar dos libros de reciente factura. El primero es: BURGOS, Osvaldo. “Daños al Proyecto de Vida”. Buenos Aires: Astrea. 2012. Además, se puede ver: CALDERÓN PUERTAS, Carlos. “Daños a la Persona”. Lima: Motivensa. 2014.



na jurídica; la incorporación del comité como persona jurídica; la posibilidad de accionar ante una amenaza o solicitar la cesación de un daño continuado; la regulación de la organización no inscrita. Estas son consideradas como contribuciones del Código Civil peruano a la codificación civil de nuestros días.

## VI. NECESIDAD DE ACTUALIZAR EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Las normas jurídicas regulan valiosamente la vida humana social de acuerdo a cómo esta se desenvuelve a través del tiempo. La vida, las concepciones del mundo y del hombre, las costumbres, las creencias varían o pueden cambiar, en menor o mayor grado, con el transcurso del tiempo. El Derecho recoge este quehacer humano para, luego de valorarlo, proceder a regularlo normativamente. Esta es una tarea continua en el tiempo que no debe detenerse si se aspira a que el Código Civil siga vigente por muchos años más, proporcionando estabilidad jurídica y seguridad contractual.

Es tarea muy delicada modificar el Código, sobre todo en aquellas partes económicamente sensibles. Durante los años en que hemos trabajado en la tarea de redactar el Código, así como en la de promover y plantear sus actualizaciones, hemos podido comprobar, con preocupación, la pugna de intereses ideológicos y económicos en juego cuando se sugiere modificar algún numeral del Código.

Ello obliga a ser muy cuidadosos al afrontar esta labor en busca de las necesarias enmiendas a su articulado. Conservamos en nuestra memoria algunas anécdotas sobre intentos de variar el sentido de algunos artículos del Código para favorecer a cierto privilegiado sector de la población.

¿Qué es lo que, en principio, no debería variar al abordar la tarea de pensar en formular enmiendas al Código Civil? Lo invariable, lo que no debe modificarse, es, sin duda, su inspiración personalista; es decir, que la persona, como es natural, sea siempre el sujeto de derecho, individual o colectivamente considerada. Es decir, el centro y el eje de la disciplina jurídica.

El Derecho se ha elaborado para proteger la libertad del ser humano, a fin de que cada persona pueda realizar su vida conforme a sus designios, desarrollar su proyecto de vida con

el menor número de obstáculos. El Derecho no ha sido creado para proteger bienes materiales, egoísmos individuales ni para tutelar primariamente la propiedad instrumental.

Nuestra decisión de actualizar periódicamente el Código Civil se encuentra claramente expuesta en el “Prólogo de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984” cuando decimos: “Más allá de críticas o alabanzas, ambas lícitas y posibles, el Código Civil que entró en vigor el 14 de noviembre de 1984 requiere y exige, como el mejor homenaje que se le pueda formular, ser sometido a periódica revisión para adecuarlo a las cambiantes situaciones de la realidad y sintonizarlo con los acelerados desarrollos de la ciencia, a la luz de los valores jurídicos y de las instancias éticas que le sirven de seguro sustento”. Y agregábamos que: “sólo así, con apasionado desinteresado interés científico, con permanente preocupación por la problemática nacional y profunda vocación humanista, será viable mantener, por muchos años, un Código Civil remozado y actual, en armonía con el acaecer social y con las aspiraciones comunitarias de justicia”.

En el mencionado Prólogo se advierte un aliento de esperanza, en el sentido que se continuará con las líneas maestras que subyacen en el Código Civil cuando se manifiesta que: “Los autores de la presente obra pretenden que las ideas enhebradas en sus páginas, que responden a la circunstancialidad de su época, sirvan de estímulo a las nuevas generaciones de juristas”.

## VII. ACCIONES ADOPTADAS A TRAVÉS DEL TIEMPO PARA ENMENDAR EL CÓDIGO CIVIL

Cuando se elaboró el Código Civil advertimos los vacíos y los errores que, en nuestro concepto, aparecían en la parte referente al Libro dedicado al Derecho de las Personas. Lamentablemente, a pesar de haber expuesto nuestros argumentos en estos casos, no contamos con la aprobación del voto mayoritario de los miembros de las Comisiones Reformadora o Revisora para hacerlos valer. Nos quedó esta preocupación como un mandato dirigido a tratar de subsanar dichos problemas en concordancia con lo manifestado en el antes citado prólogo a la Exposición de Motivos del Código.

Fue así que, en nuestra calidad de Director del Centro de Investigación de la Facultad de

Derecho de la Universidad de Lima convocamos, en 1992, a numerosos destacados profesores, de diferentes universidades y generaciones, especialistas en los diversos libros que componen el Código Civil, para que, a través de grupos de trabajo, procedieran a la revisión de este cuerpo de leyes, para proceder a proponer las enmiendas que se considerasen de la mayor importancia con la finalidad de perfeccionar y actualizar nuestro Código Civil de 1984.

Dicha convocatoria generó diversas discrepantes posiciones. Algunos juristas consideraron que era prematuro intentar revisar un Código que aún no había sido suficientemente estudiado por los especialistas y sobre el cual no existía todavía una jurisprudencia crítica. Esta sensata posición fue compartida por numerosos juristas.

No obstante lo expresado razonablemente por los juristas a los cuales nos referimos en el párrafo anterior, algunos de los que habíamos participado en la elaboración del Código, incluyendo al que esto escribe, conocíamos la necesidad de volver a proponer aquellos aportes que, siendo importantes y necesarios, y encontrándose debidamente sustentados, habían sido rechazados, sin mayor fundamento o conocimientos actualizados, por la Comisión Revisora del proyecto de Código. De igual manera, se intentaba incorporar aquellas nuevas iniciativas que dicha Comisión tampoco aprobó en su momento.

Los grupos de trabajo cumplieron desinteresadamente con el encargo que se les confió, entregando al Director del Centro de Investigación en referencia las enmiendas que consideraron indispensables por importantes para perfeccionar el Código Civil. Ello permitió que el Centro de Investigación convocara a un Congreso Internacional para debatir tales resultados. Las mencionadas enmiendas fueron evaluadas, comentadas y criticadas por 35 expositores extranjeros del más alto nivel científico ante más de 2,500 participantes entre profesores, abogados, jueces y estudiantes de diversas regiones del país.

Las ponencias y las intervenciones de los concurrentes a las diversas mesas de trabajo del

mencionado Congreso Internacional fueron recogidas en dos tomos titulados “Los diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas”<sup>11</sup>. Las propuestas formuladas por los grupos de trabajo convocados por el mencionado Centro de Investigación y revisados por los especialistas extranjeros participantes en el concurridísimo citado Congreso Internacional antes mencionado fueron entregados por quien esto escribe, en su condición de Director del indicado Centro de Investigación, al Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático mediante comunicación de fecha 4 de enero de 1995. El texto de lo enviado al Congreso fue publicado en el diario oficial “El Peruano” en una separata especial, así como se recogió parcialmente en “Cuadernos de Derecho”, publicación del citado Centro de Investigación<sup>12</sup>.

Mediante Ley 26394, de 22 de noviembre de 1994, se constituyó la Comisión Oficial encargada de elaborar un anteproyecto de ley de enmiendas al Código Civil. La Comisión tuvo tres marcados períodos de sesiones. Estuvo integrada por profesores de Derecho y, en algunos casos, también por ciertos congresistas que prácticamente no contribuyeron a su trabajo. Este personal no fue siempre el mismo a través del tiempo, hubo algunos cambios en el largo período de tiempo que aún no concluye con resultado legislativo.

El breve primer período de sesiones, en el cual quien esto escribe actuó como asesor principal de la Comisión, estuvo encargado de presentar y sustentar las enmiendas propuestas que fueran elaboradas por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, antes citado. La labor de la Comisión se cumplió tan solo durante los primeros meses de 1995, en los cuales se logró revisar y aprobar las enmiendas correspondientes al Derecho de las Personas y al Acto Jurídico. Esta primera etapa concluyó porque casi todos sus miembros, congresistas y profesores, se embarcaron en la campaña electoral de ese año. Sus trabajos no fueron tomados en cuenta en el siguiente turno de sesiones de la Comisión en referencia.

El segundo período de sesiones de la Comisión, que funcionó entre 1997 y 1998, fue el

<sup>11</sup> La publicación de los volúmenes se hizo en Lima, en 1995, por la Universidad de Lima y W.G. Editores.

<sup>12</sup> Ver: Cuadernos de Derecho 3. Año 2. Lima. 1993. También el número 4 de la misma revista, del año 1994.

más fructífero de los tres pues se revisó todo el articulado del Código y se aprobaron, por unanimidad, las enmiendas propuestas. Las conclusiones de su trabajo fueron valiosas y de gran utilidad para perfeccionar y actualizar el mencionado Código Civil. Somos del parecer que tales enmiendas, luego de una ligera revisión por expertos, servirían para el propósito que se persigue y al cual venimos refiriéndonos. Lo sostenemos con convicción.

En esta etapa participó en el trabajo el núcleo de especialistas en la materia. Nos referimos a Max Arias-Schreiber, Carlos Cárdenas Quiroz, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena y Fernando Vidal Ramírez. La mayoría de estos profesores intervinieron en la elaboración del Código Civil que nos rige. Ello facilitó y garantizó su trabajo.

La tercera etapa, desenvuelta del 2003 al 2006, produjo sólo escasas enmiendas, razón por la que no cubre todas las situaciones que requieren perfeccionarse o actualizarse. En esta etapa no fueron convocados Manuel de la Puente y Lavalle, Max-Arias Schreiber y Carlos Fernández Sessarego, así como otros autores con experiencia y conocedores de los temas de sus respectivas especialidades.

#### **VIII. LAS MODIFICACIONES IMPORTANTES QUE REQUIERE EL ARTICULADO DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS**

Varias son las más importantes y urgentes modificaciones que deberían introducirse en el texto del Libro sobre el Derecho de las Personas para corregir errores y vacíos que, advertidos en su momento por quien esto escribe, no pudieron evitarse dentro del proceso de elaboración del Código Civil. Sólo mencionaremos las más notorias.

Cabe recordar que las enmiendas que fueron elaboradas entre 1997 y 1998 por la Comisión oficial encargada de esta tarea están esperando el momento en el cual las autoridades competentes reparen en la necesidad de preocuparse por mantener al día y lozana la normatividad de nuestro Código Civil. Dichas enmiendas serán republicadas en los próxi-

mos meses para que la comunidad jurídica pueda recordarlas y valorarlas.

No obstante, cabe señalar que en nuestro libro “Derecho de las Personas”, en las últimas ediciones, sobre todo en la décimo segunda del 2012, luego de comentar el texto de cada artículo, se coloca, cuando es el caso, el texto de la enmienda propuesta<sup>13</sup>. Resulta así fácil tomar nota de tales enmiendas. Por lo demás, en nuestro libro “Los 25 años del Código Civil peruano de 1984” también se les analiza y comenta una vez más. Es cuestión de esperar, después de tantos esfuerzos desplegados a través del tiempo transcurrido, una decisión política destinada a actualizar periódicamente nuestra legislación en general.

#### **IX. LA ENMIENDA DEL ARTÍCULO 3 SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

Son al menos cuatro las más significativas enmiendas a incorporar al Código Civil. La primera se refiere a la capacidad jurídica, institución que se regula en el artículo 3 de este cuerpo legal. La enmienda propuesta está destinada a demostrar la innecesaria distinción que se suele hacer entre capacidad de goce o de derecho y capacidad de ejercicio o de obrar. Ello en cuanto la capacidad jurídica es una inherente a la persona, a todas las personas por igual. La capacidad jurídica, por lo tanto, no admite limitaciones, restricciones, excepciones.

El redescubrimiento de la estructura existencial del ser humano como un ser libertad ha permitido demostrar que la llamada capacidad de goce o de derecho es inherente a la persona, por lo que no es posible limitarla mediante cualquier ley. La corriente de revalorización de la persona humana tiende a eliminar del léxico jurídico, por inapropiado y hasta por ofensivo, el término de “incapaz”. Se le debería sustituir por las expresiones de “personas con capacidad de ejercicio restringida”, o algo similar.

El numeral 3 en referencia enuncia que “toda persona tiene el goce de los derechos civiles”. Ello es así, tal como lo hemos sostenido en el párrafo anterior. Ninguna persona carece de esta capacidad jurídica, la que es igual para todos los seres humanos, sin excepción. En tanto

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho de las Personas”. Lima: Motivensa. 2012.

es inherente a la persona no puede sufrir, mediante ley, ninguna limitación o excepción<sup>14</sup>. La redacción mejoraría y quedaría más clara si se dijera que: “Toda persona goza de capacidad jurídica”. Se entiende que esta capacidad no se reduce tan solo a los derechos “civiles”

El error a enmendar consiste en que el citado artículo 3, después de enunciar que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, establece erróneamente que dicho goce está sujeto “a las excepciones de ley”. Tremendo error que debe enmendarse a fin de eliminar salvedad alguna. Todos los seres humanos, por ser ontológicamente libres, son capaces de actuar conforme a derecho. La capacidad jurídica es inmune al derecho. No hay excepciones en cuanto a la capacidad jurídica de las personas. Por ello, debe suprimirse la salvedad contenida en el artículo 3, la cual admite la posibilidad de la existencia de excepciones.

La capacidad jurídica, que es una, supone la posibilidad de ejercerla, de actuar y obrar en el mundo según las libres decisiones de cada persona. Si bien la capacidad, en cuanto inherente a la persona, no admite excepciones, su ejercicio sí es dable de ser limitado, restringido. Pero el **ejercicio** de nuestra capacidad no es autónomo; no es una nueva capacidad diferente a la que poseemos todos los seres humanos, sino es sólo su ejercicio en el mundo de las relaciones humanas.

En conclusión, no existe sino una sola capacidad, la cual, a través de **su ejercicio**, se hace presente en el mundo exterior. Es como la libertad, que siendo una, se manifiesta en la realidad a través de actos, conductas, proyectos y, entre ellos, del único e intransferible proyecto de vida.

Un claro ejemplo de la capacidad la encontramos en el artículo 71 de la Constitución vigente, el que prescribe que el extranjero no puede adquirir ni poseer determinadas propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. El extranjero, a pesar de lo enunciado por esta norma, no pierde su capacidad jurídica a ser propietario. Lo que pierde es el ejercicio de esta capacidad dentro de una determinada zona del territorio nacional. Ello será así hasta que no se derogue la mencionada regla.

Mientras tanto, el extranjero no ha dejado de ser capaz, no ha perdido su capacidad jurídica a ser propietario como cualquier otra persona. Sólo se halla limitado para ejercerla en este específico caso debido a una disposición legal.

La capacidad jurídica, en cuanto tal, está regulada en el artículo 3 del Código Civil. Su ejercicio, en cambio, está normado a partir del artículo 42 de este cuerpo legal. Somos de la opinión, sostenida por décadas, que todo el Título V de la Sección Primera del Libro de “Derecho de las Personas”, nominado “Capacidad e incapacidad de ejercicio”, debe ser revisado y modificado, a partir de su título, a la luz de la nueva concepción sobre las incapacidades de ejercicio.

La posibilidad del ejercicio limitado o restringido de la capacidad jurídica debe ser, a nuestro entender, un tema estudiado y tratado interdisciplinariamente tanto desde una vertiente jurídica y otra médica, en atención a cada caso, de manera flexible, y no sólo a través de normas generales imposibles de aplicar a casos diferentes de discapacidades, en calidad y grado, de persona a persona.

La Comisión encargada de proponer enmiendas al Código Civil, en su período de sesiones de 1997–1998, atendiendo a la precedente argumentación expuesta por quien esto escribe, aprobó, por unanimidad, la siguiente nueva redacción del artículo 3 del Código Civil:

Artículo 3.- “Capacidad de goce

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

Como se advierte, en el texto de la enmienda se enuncia que el goce de la capacidad jurídica, considerada en sí misma como inherente al ser humano, es un derecho que poseen por igual todos los seres humanos, sin excepción. Lo que puede sufrir limitaciones es su ejercicio, conforme a ley. De este modo se cumple con la finalidad del artículo 3 del Código Civil.

#### X. INCORPORACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y DEL DERECHO AL BIENESTAR

Consideramos de importancia incorporar en el artículo 5 del Código Civil, al lado de los dere-

<sup>14</sup> El texto del artículo 3 vigente es el siguiente: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.

chos fundamentales ahí nominados, tanto el derecho a la identidad personal como el derecho al bienestar. La Comisión Revisora del Código Civil no incorporó en dicho artículo nuestra propuesta referida a la identidad personal.

Lamentablemente, ningún otro Código Civil vigente consignaba este novísimo derecho fundamental, hecho que probablemente actuó en alguna medida para optar por dicha negativa. Transcurridas algunas décadas de ese episodio, el derecho a la identidad va extendiéndose en el mundo jurídico. La Constitución peruana de 1993 incorporó la protección de la identidad personal en su artículo 2. Es esta una razón adicional para su inclusión en el mencionado artículo 5 de nuestro Código Civil<sup>15</sup>.

De igual modo somos de la opinión de incorporar el derecho al bienestar en nuestro Código Civil. Este derecho se encuentra protegido por nuestra Constitución vigente.

#### XI. LA ENMIENDA DEL ARTÍCULO 78 SOBRE LA NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA

El Derecho es creado por los seres humanos. Estos son, a la vez, sus protagonistas y sus destinatarios. El Derecho elabora al ser humano para su protección en tanto ser libre. Y, consecuentemente, poder actuar como tal en sociedad. Para ello tiene que organizar esta sociedad de conformidad con los valores, presididos por la justicia, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. La vivencia colectiva de estos valores jurídicos fundamentales, y de todos los demás según los casos, es indispensable para que todos los seres humanos cuenten con las oportunidades para su realización personal. De nada le vale a la persona **ser** libre si no puede actuar como tal.

Por lo expuesto, el ser humano, la persona, es el centro del Derecho, el ente a ser protegido y respetado. Es el fin supremo de la sociedad, del Estado y, por consiguiente, del Derecho. Es el sujeto de derecho, el único ente capaz de poseer derechos y cumplir deberes. No existe derecho alguno sin que su sujeto sea la

persona humana. Sólo el ser humano posee derechos subjetivos y es capaz de cumplir con sus deberes.

Todo lo contrario a lo anteriormente expuesto, todo lo contrario al Derecho, está descrito en el absurdo e innecesario artículo 78 del Código Civil, al referirse a la naturaleza o constitución de la “persona jurídica”<sup>16</sup>. En efecto, este numeral debería contraerse a prescribir solamente que los miembros de una organización de personas, por el hecho formal de su inscripción en un registro, no están obligados a satisfacer las obligaciones contraídas sino que estas son asumidas por un ente ideal, inexistente, que surge a raíz de tal inscripción.

El ente ideal en referencia, ayuno de contenido humano, es conocido tan solo por la expresión o nombre con el que fue inscrito. Es decir, por su expresión lingüística. Del mismo modo ninguno de los miembros de la organización de personas inscrita tiene derecho al patrimonio.

Dicho artículo empieza por lo que personalmente consideramos como una barbaridad jurídica, al enunciar que la institución ideal denominada “persona jurídica” tiene existencia **distinta** a la de sus miembros. Su existencia, en efecto, de acuerdo a la norma del artículo 78, es ideal, inexistente en la realidad de la vida social, carente de contenido, espectral. Se advierte así que los entes que crean, que son protagonistas a nivel de la realidad de la vida y actúan dentro de esta institución, no son seres humanos, no comparten su estructura existencial.

Nos preguntamos, en consecuencia: ¿Qué tipos de entes son los que pueblan la persona jurídica? Sólo los seres humanos pueden ser sujetos de derecho. Sólo las personas son los creadores, los protagonistas y los destinatarios del Derecho. Además, estos extraños entes que componen la persona jurídica no son propietarios de patrimonio alguno y, lo más importante, no están obligados a satisfacer las obligaciones de dicha persona jurídica.

Suponemos fundadamente que lo que se decidió establecer al crear la persona jurídica es que en una organización de personas, por el

<sup>15</sup> Sobre el derecho a la identidad personal, puede verse: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la identidad personal”. Buenos Aires: Astrea. 1992.

<sup>16</sup> Artículo 78.- “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”.

hecho formal de su inscripción en un registro, ninguno de sus miembros está obligado a satisfacer las obligaciones contraídas, obligaciones que son asumidas para su pago por una expresión lingüística con la que se inscribió determinada organización de personas para conseguir el privilegio excepcional de sustraerse a satisfacer las obligaciones contraídas por la institución.

De acuerdo con el artículo 78 del Código y a lo anteriormente referido queda claro que quien está obligado a satisfacer las deudas contraídas por la organización de personas inscrita es un ente inexistente en la realidad, ideal, conocido por una cierta expresión lingüística con la que fue inscrita la persona jurídica. La norma del artículo 78, a nuestro entender, en vez de seguir el complicado esquema de inventar un ente inexistente en la realidad para evitar que los miembros de la organización asuman personalmente las obligaciones contraídas, debería establecer normativamente, simple y directamente, esta situación excepcional.

Es decir que, por un recurso de técnica jurídica, en el caso de las organizaciones de personas que se inscriban en un registro público, sus miembros, excepcionalmente, no asumirán el deber de satisfacer las obligaciones, sino que estas estarán a cargo de la organización.

Del modo anteriormente descrito no existe la necesidad de crear entes ideales que no pueden asumir la calidad de sujetos de derecho. Es del caso prescribir, a nuestro entender que, excepcionalmente, no son los miembros del ente colectivo los que personalmente satisfacen las obligaciones contraídas, sino que estas están a cargo del ente colectivo, integrado por seres humanos, que se crea por el hecho de la inscripción de la organización de personas en un registro público, dotándole de un determinado nombre para su debida identidad.

En conclusión, en nuestro concepto, el artículo 78 debería limitarse tan solo a prescribir esta única y singular situación referida, exclusivamente, a precisar a quién corresponde, excepcionalmente, el pago de las obligaciones contraídas, lo que no significa ni quiere decir que no existan personas humanas actuantes en la llamada persona jurídica ni que esta sea un castillo poblado por fantasmas. De lo contrario no existiría un sujeto de derecho, un ente con derechos y con la aptitud para contraer obligaciones.

Así, por ejemplo, los integrantes de una organización de personas, como podría ser la Universidad Nacional de San Marcos, compuesta por autoridades, profesores, trabajadores administrativos y alumnos, no están obligados a pagar las obligaciones contraídas por la institución sino que lo está la expresión lingüística compuesta por seis palabras, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con la que se inscribió el ente colectivo en un registro público. De la misma manera, los bienes que posee la institución no corresponden a ninguno de sus miembros, sino a la mencionada expresión lingüística con la que se alude al ente colectivo integrado por seres humanos.

## XII. MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1984 Y 1985 SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

La modificación propuesta tiene su fundamento en la necesidad de ordenar el texto de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil para adecuarlo con los nuevos alcances de la responsabilidad civil. Es decir, para ubicarlo dentro del vuelco histórico de este capítulo del derecho a partir de la primera mitad del siglo XX.

Como expresáramos en otra sede, no conocemos ningún ente u objeto del mundo en que vivimos que se designe como "moral". Lo que se entiende como moral es un conjunto de principios reguladores de las conductas de las personas, los que son asumidos por cada ser humano al efecto de conducir su vida de conformidad con ellos. Para comprender mejor esta especie de daño llamado moral, es conveniente distinguir con claridad los dos aspectos o instancias del daño, en general.

En efecto, siendo el daño un único concepto, advertimos la presencia simultánea de dichas instancias, como si fueran las dos caras de una misma moneda. Una de las instancias del daño es el acto mismo de dañar, es decir, el momento en que causa una determinada lesión. La otra instancia del mismo concepto daño es la consecuencia generada o derivada de la acción de dañar, es decir, los efectos producidos a causa del acto de dañar. Cierta sector de la doctrina denomina a la primera instancia del daño como daño-evento y, a la segunda, como daño-consecuencia.

Para una mejor comprensión de estas dos secuencias del daño, es del caso poner un ejemplo que nos ayude a la comprensión de la simultánea presencia de las dos instancias del

único y genérico concepto de daño. Así, si se golpea a una persona en la cabeza con un objeto macizo, como un fierro, encontramos los dos momentos del daño. El daño-evento se da al momento de producirse el golpe en sí mismo, es decir, la lesión. El daño-consecuencia está representado por los diversos efectos que se derivan a causa de la lesión inferida. Nos referimos en este caso a la amplia gama y a los diversos grados de lesiones que pueden producirse a causa del golpe. Como consecuencia de dicho golpe o daño-evento pueden generarse diferentes situaciones.

Así, la lesión producida a causa del golpe en la cabeza de la persona puede ocasionar su muerte o, en cambio, colocarla en un estado de prolongada inconsciencia, de coma. Pero también puede acontecer que, por la gravedad del estado causado por la lesión, se deba realizar una intervención quirúrgica o, en cambio, se genere simplemente una herida menor y hasta un rasguño en la cabeza de la víctima del daño.

Si utilizamos y aplicamos lo anteriormente expresado en cuanto a las dos instancias o momentos del daño en general al llamado "moral", hallamos que el daño-evento se constituye una agresión contra los principios morales que profesa una cierta persona, mientras que el daño-consecuencia se manifiesta a través de una perturbación psíquica de carácter emocional, como indignación, ira. Esta emoción es generalmente transitoria, desaparece o se convierte a través del tiempo en otras diversas emociones. No es común que ella derive en una patología.

Como se desprende de lo hasta aquí expresado, estamos en condiciones de sostener que el llamado daño moral es uno de los múltiples daños que afectan a la persona en su esfera psíquico-emocional, que es una de las especies o modalidades del amplio y genérico daño a la persona.

La nueva concepción de lo que significa el daño moral, no obstante el fuerte arraigo de la concepción tradicional que lo considera como un daño autónomo, está siendo acogida por un cada vez mayor sector de la doctrina, y dentro de cierta jurisprudencia tanto en Europa como en Latinoamérica. Son cada vez más numerosos los juristas que asumen el daño moral como un daño psíquico-emocional y, por consiguiente, como uno de los tantos daños que

pueden afectar a la persona. En el Perú, por ejemplo, el Tercer Pleno Casatorio, de marzo del 2011, realizado por las Salas Permanentes y Transitoria en lo Civil de la Corte Suprema del Perú, consideró que el daño moral está comprendido como uno de los diversos daños causados a la persona, es decir, como una especie o modalidad del amplio y genérico daño a la persona.

Ha quedado demostrado, a la altura de nuestro tiempo, que el llamado daño moral es un agravio a los principios morales de la persona, así como también al de ciertos derechos, los que producen en la persona un daño psíquico, de carácter emocional y, por lo tanto, generalmente no patológico. Es el psiquismo de la persona el que sufre las consecuencias del agravio a sus principios morales. Estos, los principios morales, no sufren, no se alteran, se mantienen los mismos y, hasta en ciertos casos, a raíz del agravio padecido se fortalecen, se reafirman.

En el caso de los mencionados artículos 1984 y 1985, se trata de precisar que el llamado daño moral es una modalidad o especie de las muchas que dañan a la persona. El conceptualmente amplio daño a la persona es el género y el daño moral es una de las especies o modalidades del mismo. Por ello, en el primero de dichos artículos se debe regular el derecho genérico, es decir el daño a la persona, y no el especial, que es el daño moral, comprendido en el anterior.

Dentro de dicho nuevo planteamiento doctrinario, confirmado por la jurisprudencia nacional, el artículo 1984 del Código Civil debe regular tan solo lo atinente al genérico daño a la persona, en vez del daño moral tal como ahora aparece en el texto de dicho numeral. De otro lado, en el segundo párrafo del artículo 1985 debe eliminarse la referencia al daño moral desde que está comprendido dentro del amplio y genérico daño a la persona que se menciona también en dicho numeral.

### **XIII. ENMIENDA DEL ARTÍCULO 17 PARA AMPLIAR LA ACCIÓN DE LA PERSONA**

La Comisión Revisora del proyecto de Código Civil, lamentablemente, no aprobó el texto del ponente en relación con el artículo 17 del Código Civil. De ahí que la Comisión encargada de proponer las enmiendas al Código, tanto en el período de sesiones 1997-1998 como

en el segundo, 2003–2006, presentaron sendos proyectos sustitutorios del actualmente vigente. La razón fundamental del cambio es que en el texto del mencionado artículo 17 se excluyeron varias situaciones que deberían haber sido contenidas en su texto para lograr la integral protección de la persona.

Artículo 17.- “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”.

El proyecto que el ponente suministró a la Comisión Revisora tenía el siguiente texto:

“En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

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

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda, considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuere el caso”.

El primer grave error que aparece en el artículo 17 vigente es que reduce la acción inhibitoria tan solo a los derechos regulados por un Título del Libro Primero del Código Civil, excluyendo, inexplicablemente, aquellos daños que aparecen y se garantizan, ya sea en los demás títulos del Código como aquellos recogidos en la Constitución, así como los derechos naturales.

De este modo, se limitó la protección del ser humano a solo las consecuencias de los daños especificados en un singular Título del Código Civil. Se dejó de lado lo taxativamente prescrito en el artículo 4 de la Constitución de 1979 y en el artículo 3 de la del 1993, en el sentido que son susceptibles de protección no sólo los derechos consignados en la Constitución sino, lo que es fundamental, “los que derivan de la dignidad del hombre”.

El texto del ponente fue recortado por la Comisión Revisora, desconociendo algunas situaciones que no deberían haberse eliminado del texto del artículo 17. Por ejemplo, aparte de lo anteriormente señalado, se suprimió inexplicablemente la acción inhibitoria por la cual se puede iniciar un proceso o solicitar una medida cautelar ya sea para impedir un evento potencialmente susceptible de causar un daño a la persona, es decir, una amenaza, o, si el daño es continuado, para hacerlo cesar.

El artículo vigente se refiere a exigir “la cesación de los actos lesivos” en general, lo que es un deber incluido en el ejercicio de todo derecho. El caso es el de especificar que se trata de solicitar la paralización de un daño continuado y no de un acto lesivo cualquiera.

Eliminar un acto potencialmente susceptible de causar un daño a la persona sólo es posible si el daño es inminente, situación que debe estar verosímelmente acreditada, y si razonablemente puede ser capaz de causar perjuicios a la persona. Esta hipótesis tampoco aparece en el artículo 17 vigente.

Una disposición que también fue eliminada es aquella que obliga al juez a indemnizar separadamente los daños de consecuencias extrapatrimoniales de los de consecuencias patrimoniales. Esta prescripción está dirigida a que el juez no deje de apreciar de manera prioritaria los daños personales, como es el caso del daño al proyecto de vida, de los que sólo generan consecuencias de carácter patrimonial.

Otro error del artículo 17 es el de prescribir que la responsabilidad es solidaria, cuando debería decir, por ejemplo, que la responsabilidad es concurrente si el daño es cometido por más de una persona.

Felizmente, la Comisión encargada de proponer las enmiendas al Código Civil, en su período de sesiones 1997–1998, propuso un texto que subsana los errores del texto del artículo 17 comentados en precedencia:

Artículo 17.- “La amenaza o vulneración de cualquiera de los derechos inherentes al ser humano lo faculta a accionar a fin de obtener la paralización de un hecho potencialmente susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo.

La acción se tramitará como proceso sumarisimo. El interesado podrá solicitar la adopción



de medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir un daño.

De producirse un daño al 'sujeto de derecho', se fijará la indemnización considerándose tanto las consecuencias patrimoniales como las extrapatrimoniales.

Si el daño a la persona es causado por dos o más sujetos, la responsabilidad es solidaria”.

Con posterioridad a la aprobación del texto antes transcrito, se acordó desdoblarse el artículo a fin que en uno nuevo se prescribiera la parte procesal con el siguiente texto: “La indemnización por los daños derivados de la amenaza o vulneración de los derechos inherentes al ser humano, incluye las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. La pretensión no es acumulable a la prevista en el artículo 17. Cuando el daño es causado por dos o más personas la responsabilidad es solidaria”.

Como se puede apreciar, la Comisión encargada de proponer las enmiendas al Código Civil restituyó en el texto del artículo 17 todo aquello que se había eliminado del texto original elaborado por el ponente de tal numeral. Además, cabe destacar que en el nuevo texto se sustituye la expresión “persona” por la de “ser humano”, para comprender en ella al concebido.

En el tercer período de sesiones de la Comisión encargada de proponer enmiendas al Código Civil esta elaboró un nuevo texto del artículo 17:

Artículo 17.-

“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 por el daño causado.

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

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

La comparación entre la propuesta de la Comisión en su período de sesiones 1997–1998 y la del 2003–2006, permite observar sus diferencias de redacción. Así, en el primer párrafo de esta última, se continúa empleando la palabra “persona”, en vez de “ser humano”, con lo

cual se excluye de protección al concebido en cuanto sujeto de derecho distinto a la persona natural o física.

De otro lado, se confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el solicitar se evite o se suprima la actividad generadora del daño. En la propuesta del período 1997–1998 de sesiones se hacía extensivo este derecho, en atención al valor de la solidaridad, a cualquier persona interesada en preservar los derechos fundamentales de quien, por cualquier causa, no se encontrase en condiciones de hacerlo por sí mismo o por sus representantes legales, según el caso.

En cuanto al segundo párrafo del proyecto 2003–2006, debería evaluarse la conveniencia de sustituir la responsabilidad solidaria por la concurrente.

En el tercer párrafo de dicha propuesta del 2003–2006 cabe señalar que, por referirse el artículo 17 a los derechos inherentes al ser humano, a la persona, no cabe que se enuncie que lo prescrito en este numeral “es aplicable a los demás sujetos de derecho”. Esto no es correcto, pues entre los sujetos de derecho se encuentran las organizaciones de personas no inscritas y las inscritas o personas jurídicas, en tanto estas últimas no son seres humanos individualmente considerados. El artículo 17 se refiere a los daños causados al ser humano, en singular y no a una colectividad de personas.

#### XIV. OTRAS POSIBLES ENMIENDAS AL CÓDIGO CIVIL

En los párrafos precedentes nos hemos referido tan solo a las enmiendas que consideramos como las más importantes. No obstante existen otras que podrían ser también motivo de atención por el acucioso legislador. Las enmiendas que sugerimos, como está dicho en precedencia, se encuentran colocadas en nuestro libro “Derecho de las Personas” luego del texto del artículo vigente. A ellas nos referimos como las que deseáramos se concretasen luego de una última revisión por un grupo de notorios expertos en la materia civil. Así, entre ellas, podemos enumerar las siguientes posibles enmiendas:

- a) **El artículo 1 sobre el concebido.** En el artículo primero se debe de suprimir el primer párrafo que conduce a error en

cuanto al inicio de la vida del ser humano, que es el de la concepción. Con el nacimiento, se inicia la segunda etapa de la continua vida humana de la persona natural o física; se debe eliminar la expresión de “condición” por inapropiada, y también porque conduce a confusión; se debe determinar lo que ocurre con el patrimonio al fallecimiento del concebido. Para superar estas deficiencias, se ha propuesto el siguiente nuevo texto:

“La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho, por lo que goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores”.

La frase enunciando que el concebido “goza de manera actual de todos sus derechos” es inútil y debería desaparecer con el tiempo. Es decir, cuando los operadores que aún no han llegado a comprender que el concebido es un sujeto de derecho, por la que sólo los pierde con su fallecimiento. Por lo tanto, no existen derechos en suspenso esperando absurdamente el nacimiento del ser humano, es decir, cuando el concebido dejó de ser tal y es persona natural o física. Inútil frase, pero didáctica.

- b) **Incorporación de normas relacionadas con la Genética.** En las últimas décadas, después de promulgado el Código Civil, han sido veloces los avances, antes desconocidos, alcanzados por la Genética. Ello obliga a introducir en el Código Civil diversas novedosas cuestiones que reclaman su urgente regulación de manera genérica, dejando su desarrollo para leyes especiales.

Nos referimos a asuntos vinculados con la protección del genoma, impedir la manipulación genética, establecer el régimen al que deben estar sujetos los embriones, precisar el destino de la fecundación de óvulos humanos, referirse a la temática referente a los acuerdos de procreación por cuenta de otro, además de lo que al efecto sea pertinente para cubrir la casuística que no hemos mencionado en precedencia.

- c) **Revisión íntegra de la temática referente con la capacidad jurídica.** Como lo expresamos y comentamos desde el día siguiente de la promulgación del Código Civil, así como lo hemos reiterado en numerosas otras ocasiones, estamos totalmente insatisfechos con el tratamiento dispensado al tema de la capacidad jurídica y su ejercicio.

Cuando se empezó la tarea de elaboración del proyecto de Código, no nos hallábamos preparados, por ausencia de información, por no contar con especialistas médicos, psicólogos y psiquiatras enterados en el tema, así como carecíamos de tiempo y de conocimientos actualizados para plantear un proyecto sustitutorio que recogiera nuestras aspiraciones de un adecuado tratamiento jurídico de la persona considerada impropriadamente como incapaz.

Ninguna persona es incapaz, no lo es ni el absolutamente privado de discernimiento como el recién nacido. Todos los seres humanos, sin excepción y en el mismo plano de igualdad, poseemos capacidad jurídica. En los casos antes señalados, lo que sucede es que, como consecuencia su estado, ninguno de ellos, no obstante ser inherentemente capaces, se encuentran en condiciones de ejercer, por sí mismos, su innata capacidad jurídica. Queda claro, por consiguiente, que cualquier persona no pierde su inherente capacidad jurídica a pesar de carecer de la posibilidad de ejercerla por sí misma.

El término “incapaz”, por todo lo anteriormente expuesto, debería ser desterrado del lenguaje jurídico para referirse a las personas que por poseer limitaciones, de diverso grado, no pueden ejercer de su inherente capacidad. O, si se prefiere, se podría utilizar la expresión de “persona discapacitada”.

La revisión integral del tema de la capacidad jurídica y la de su ejercicio debería desterrar de la normatividad civil la prioritaria preocupación por proteger los intereses patrimoniales de quien sufre limitaciones en el ejercicio de su capacidad para ceder esta posición cimera en lo que atañe al cuidado, al apoyo y a la asistencia de la persona que padece de

tales limitaciones. Por ello, somos del parecer que la problemática sobre la capacidad jurídica merece una revisión general, a fondo, llevada a cabo por personal interdisciplinario, idóneo, especializado, comprendiendo en tal revisión el artículo 3 y todos los demás numerales que se refieren al ejercicio de la capacidad.

- d) **Incorporación de un segundo párrafo en el artículo 19 sobre el nombre.** En relación con el derecho al nombre, proponemos la inserción de dos conceptos que no fueron aprobados por la Comisión Revisora del Código. Nos referimos a nuestra propuesta de agregar un segundo párrafo al texto del artículo 19, que en la actualidad tiene tan solo el siguiente primer párrafo: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

De acuerdo con nuestra propuesta el segundo párrafo del artículo 19 tendría el siguiente tenor:

“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”.

Este planteamiento se fundamenta en el hecho que el nombre es uno de los elementos —el más común— para conocer la identidad de una persona. Pero, bien lo sabemos, no es el único. Por lo tanto, cualquier error en el nombre puede ser corregido a fin de no desvirtuar la identidad de la persona<sup>17</sup>.

- e) **Enriquecimiento del contenido del artículo 14 sobre derecho a la intimidad.** Somos del parecer que debería enriquecerse el contenido del artículo 14 dedicado al derecho a la intimidad. El actual texto es escueto, dada la doctrina y jurisprudencia disponibles en la época en la cual se elaboró dicho numeral. No puede perderse de vista que, a pesar de ello, el Código Civil peruano de 1984 es uno

de los pocos códigos civiles que regula dicho derecho. La Comisión encargada de proponer las enmiendas al Código Civil, en el período de sesiones 1997–1998, sobre la base de lo anteriormente expresado elaboró el siguiente texto que podría servir de guía o modelo a una futura enmienda:

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

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

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.

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

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

- f) **Revisión integral de la temática sobre la fundación.** Consideramos que debería revisarse íntegramente todo el Título III de la Sección Segunda del Código Civil, que regula la institución de la fundación. Ello con la finalidad de adaptarla a los profundos cambios que se han producido en los últimos tiempos en esta materia, donde, en los años que corren, la

<sup>17</sup> Sobre el tema de la identidad, ver: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la identidad personal”. Buenos Aires: Astrea, 1992.

fundación *inter vivos* ha desplazado y sustituido a la fundación *mortis causa*. Esta nueva situación, como es comprensible, requiere de un nuevo enfoque, de una nueva normatividad que la regule.

La razón expuesta en el párrafo anterior fue la que determinó que el tema atinente a la fundación fuera estudiado por una comisión especial de expertos en el asunto con la finalidad de presentar un proyecto de ley dirigido a sustituir la actual normatividad de dicha institución jurídica.

La mencionada Comisión estuvo presidida por quien esto escribe y se integró con la presencia de los profesores Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Enrique Becerra Palomino, Yuri Vega Mere y Guillermo Lohmann Luca de Tena. Ella fue nombrada mediante Resolución Ministerial 246-94-JUS del 30 de mayo de 1994. Al concluir su trabajo se agradeció a los integrantes de la Comi-

sión por haber cumplido con el encargo que se le confiara.

Lamentablemente, el esfuerzo fue en vano, pues el anteproyecto fue encarpetado cuando llegó al Ministerio de Economía. Así murió una nueva iniciativa debida al esfuerzo de un desinteresado grupo de juristas empeñados, desde 1992, en perfeccionar y actualizar nuestro elogiado Código Civil.

Concluimos este breve recuento, vinculado a determinados hechos de la aventura creativa que en su momento significó el Código Civil de 1984, solicitándoles a los legisladores que hagan, a su vez, un esfuerzo para que en sus recargadas labores concedan un espacio y un tiempo para la actualización del ordenamiento jurídico de nuestro país. El Código Civil peruano de 1984, que sirve de modelo a otros cuerpos legales, merece este homenaje en el año en el que cumple treinta de vigencia.