

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho, Universidad de Lima
Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDFAM

TRATADO DE DERECHO DE LAS --- PERSONAS



GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
JURIDICA



**TRATADO DE DERECHO
DE LAS PERSONAS**

PRIMERA EDICIÓN
OCTUBRE 2014
1,930 ejemplares

© *Enrique Varsi Rospigliosi*
© *Gaceta Jurídica S.A.*
© *Universidad de Lima*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-14792
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-183-0
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221400980

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Carlos Hidalgo De la Cruz

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

UNIVERSIDAD DE LIMA

JAVIER PRADO ESTE 4600 -
SANTIAGO DE SURCO
LIMA 33 - PERÚ

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Introducción

Esta vez abordamos a la persona como eje del universo jurídico. Desde su inicio hasta su fin. Transitando uno a uno sus derechos, recreando sus estados y dimensionando sus relaciones. El sujeto como ser humano categorizado por el Derecho, juridizando su actuar.

Estudiar la persona implica tratar temas de significativa e inacabable controversia; no solo no están definidos sino que cada vez son más y más, a lo que se suma el cambio de criterios y esa constante influencia de otras disciplinas. El Derecho de las personas se mueve en una marea sin fin de corrientes.

Este tomo es producto de la cátedra, de mis clases, vertidas e invertidas, dadas con el corazón, algunas con fuentes, otras sin ellas, pero todas con un espíritu espontáneo de enseñar y recrear la esencia del ser.

Hemos querido que estas páginas sean útiles a los estudiantes y abogados. Están escritas para los primeros –solo por ellos me animé a compendiar ese mamotreto de papeles que usaba en clases– sin descuidar la utilidad que los colegas puedan obtener de la misma.

La base de esta obra son los recuerdos, hurgados desde el fondo de mi ser, de cada clase, cada instante trascendente con mis alumnos. Son ellos los inspiradores, con sus dilemas e interrogantes que muchas veces hice mías permitiéndome la necesaria reflexión.

A la vez, estas páginas están inspiradas en la obra de mi maestro Carlos Fernández Sessarego, a quien he leído y releído una y otra vez, saliendo esta obra como una muestra de todo lo que me enseña día a día.

Una vez más agradezco a Claudia Canales, Marco Torres y Tábatta Castañeda. Con su apoyo procesé la ingente información en la materia estudiada.

Dejo a criterio del lector los diversos temas que arman al sujeto de derecho en su mundo de interrelación.

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI

Lima, otoño del 2014

TÍTULO
PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. Hombre, Sociedad y Derecho. 2. Persona y Sujeto. 2.1. Denominaciones y definiciones. 2.1.1. Ser. 2.1.2. Hombre. 2.1.3. Individuo. 2.1.4. Ser humano. 2.1.5. Sujeto de derecho. 2.1.6. Persona. 3. ¿Qué nos hace humanos?. 4. Derecho Civil. 4.1. Introducción. 4.2. Antecedentes. 4.2.1. La Ley de las XII Tablas. 4.3. Definición. 4.4. Denominación. 4.5. Naturaleza jurídica. 4.6. Objeto. 4.7. Importancia. 4.8. Contenido. 4.9. Sujetos. 4.10. Objetos. 4.11. Características. 4.12. Finalidad. 4.13. Clasificación. 4.13.1. Extrapatrimonial. 4.13.2. Patrimonial. 4.13.3. Mixto. 4.14. Principios del Derecho Civil. 5. Codificación. 5.1. Introducción. 5.2. Antecedentes. 5.3. Definición. 5.4. Características. 5.5. Objetivos. 5.6. Importancia. 5.7. Casos de aplicación. 5.8. Código Civil. 5.8.1. *Code* Napoleón de 1804. 5.8.1.1. Comisión redactora. 5.8.1.2. Estructura. 5.8.1.3. Influencia. 5.8.2. Código Civil alemán de 1900. 5.8.2.1. Comisión redactora. 5.8.2.2. Estructura. 5.8.2.3. Influencia. 5.8.3. *Codice Civile* de 1942. 5.8.3.1. Comisión redactora. 5.8.3.2. Estructura. 5.8.3.3. Influencia. 6. Códigos Latinoamericanos. 6.1. Código Civil chileno - 1857. 6.1.1. Estructura. 6.1.2. Influencia. 6.2. Código Civil argentino - 1871. 6.2.1. Estructura. 6.2.2. Influencia. 6.3. Código Civil brasileño -1916. 6.3.1. Estructura. 6.3.2. Influencia. 7. Otros Códigos. 7.1. Austria - 1812. 7.2. Suiza - 1912. 7.3. Portugal - 1966. 7.4. España - 1889. 8. Codificación en el Perú. 8.1. Código de 1852. 8.1.1. Influencia. 8.1.2. Estructura. 8.1.3. Miembros de la comisión. 8.2. Código de 1936. 8.2.1. Influencia. 8.2.2. Estructura. 8.2.3. Miembros de la comisión. 8.3. Código de 1984. 8.3.1. Influencia. 8.3.2. Estructura. 8.3.3. Miembros de la comisión. 8.4. Codificación civil - Vigencia - Constitucionalidad. 9. Descodificación. 9.1. Introducción. 9.2. Definición. 9.3. Características. 9.4. Objetivos. 9.5. Importancia. 9.6. Casos de aplicación. 9.7. Situación nacional. 10. Recodificación. 10.1. Introducción. 10.2. Definición. 10.3. Características. 10.4. Objetivos. 10.5. Importancia. 10.6. Casos de aplicación. 11. El Código Civil de 1984 en esquemas. 11.1. Distribución del articulado. 11.2. Articulado del Código Civil en porcentajes. 12. Legislación sobre la persona. 12.1. Constitución Política. 12.2. Código Civil. 12.3. Código de los Niños y Adolescentes. 12.4. Ley General de Salud. 12.5. Ley de Protección frente a la violencia familiar. 12.6. Reglamento de Inscripciones del Reniec. 12.7. La Ley general de la persona con discapacidad. 12.8. Normativa internacional.

1. HOMBRE, SOCIEDAD Y DERECHO

Por antonomasia el hombre es un ser social y, como tal, prius del Derecho.

Su instinto y naturaleza lo lleva a relacionarse, compartirse, siendo propenso a la integración con el fin de satisfacer sus necesidades, materiales e inmateriales.

La socialización es un proceso mediante el cual el hombre adopta patrones socioculturales de su medio y los integra **en sí y para sí** lo que le permite adaptarse a la sociedad. En opinión de Fernández Sessarego: “La filosofía de la existencia nos muestra que solo se puede aprehender al ser humano en una dimensión coexistencial, en comunicación con los demás, en comunidad. La vida sin los otros es un imposible existencial, una pura abstracción sin correlato en la realidad. El ser humano está abierto hacia los ‘otros’, y se realiza con ellos. Existir es estar en el mundo, con los otros y las cosas, por lo que la exteriorización del mundo no es un simple *factum* sino la estructura ontológica formal del ser humano”⁽¹⁾.

Esta tendencia de sociabilización surge con la familia, como conjunto de personas vinculadas sanguínea y afectivamente que constituye la base de todo grupo humano en torno a la cual se satisfacen necesidades primarias y elementales. La primera necesidad de la persona es tener una madre que le alimente y proteja (fuente del matriarcado), las demás necesidades se van satisfaciendo dependiendo del estado y momento. Las familias congregadas forman la sociedad y la organización de esta determina el Estado. De la correspondiente progresión –persona, familia, sociedad,

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona: Introducción a la Teoría del Derecho*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2001, p. 81.

Estado— se dan las interrelaciones y vínculos entre los individuos. Estos lazos son de diversa índole y, a la vez, inherentes y necesarios.

Bien señala Santos Cifuentes que desde que el hombre se relaciona con otros valora la vida y los creados en ella: “todo lo que vale para ti, ha de valer para mí, porque yo sé bien lo que me vale pero también lo tuyo ya que nos necesitamos mutuamente”⁽²⁾. Es por ello que la convivencia social debe ser normada, regulada, juridizada a efectos de garantizar el pleno desarrollo del individuo y la paz social.

Este vivir, entendamos vivir social, genera que el hombre se configure como persona con la finalidad de ser reconocido técnicamente por el Derecho. La sociabilidad es un presupuesto esencial de la persona. No es posible concebir un hombre abstraído del medio social. “En la realidad se da siempre **el hombre con el hombre**. La categoría **entre** es tan primaria como el yo o como el tú y, por eso, nos aproximamos a **la respuesta de la pregunta**: ¿qué es el hombre? Si acertamos a comprenderlo como una dialógica, en cuyo **estar dos en recíproca presencia** se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del **uno** con el **otro**”⁽³⁾.

El hombre es el eje central de la convivencia y esta es el fundamento social del Derecho. El Derecho es conducta humana, conducta que influye en la sociedad es por ello que debe ser normada. “El Derecho corresponde al hombre en tanto persona, deriva de la esencia misma de esta y le señala los medios para que se realice como tal y alcance sus fines propios en la sociedad”⁽⁴⁾. En definitiva, al ser, estar y existir, el hombre es digno de protección por parte del Derecho y, por ende, el Derecho no puede sustraerse a esa tendencia natural que es la defensa y conservación de la vida humana. El hombre como único *sui conscius* (ser consciente) y *sui compos* (dueño de sí mismo) es el único ser a quien le corresponde una preocupación jurídica⁽⁵⁾.

La sociedad reconoce al Derecho como parte esencial y sustancial de la vida humana, porque en base a esto se concibe el desarrollo de la sociedad mediante el establecimiento de normas que regulen la conducta

(2) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 1.

(3) BUBER, Martín. *¿Qué es el hombre?* Fondo de Cultura Económica, México, 1949, p. 150.

(4) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, Eddili, Lima, 1987, p. 19.

(5) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero 1991, p. 99.

del hombre. El Derecho se origina cuando el hombre se interrelaciona, comienza a vivir en comunidad, siendo certero afirmar que sin sociedad no tiene por qué existir Derecho. La máxima de Hermogeniano se explica por sí misma, *Hominum causa omne ius constitutum est* (el Derecho ha sido constituido por causa de los hombres)⁽⁶⁾, más conocida solo como *Hominum causa*. El ser humano vive en comunidad, y ella no es otra cosa que el proyecto final de nuestro destino individual, el marco de nuestra humana realización.

Sin Derecho imperaría el caos, desorden, descontrol. Con Derecho, se regula la vida, se le (re)direcciona a fin de lograr justicia, paz e igualdad. Es por ello que resulta absurdo reducir a la calidad de ciencia o técnica al Derecho. Este es más que ello, incluso trasciende la labor cotidiana, extraordinaria o inusual del individuo.

Una clara muestra lo tenemos en la famosa obra *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, historia que narra el naufragio de un joven inglés quien arribó a una isla desierta donde pasó 28 años dedicado a recorrer sus dominios, cazar, cultivar la tierra y criar cabras. Surge la polémica de si ¿existió Derecho en dicha isla? El Derecho no era necesario dada la soledad del personaje. El Derecho presupone la coexistencia de dos personas que interactúen entre sí. ¿A quién exigiría Robinson Crusoe sus derechos? ¿Cuáles serían sus obligaciones? Resulta notorio que faltaría el otro extremo de la relación intersubjetiva. Recién con la aparición de Viernes se haría presente la necesidad de normas jurídicas para reglar la vida entrambos.

La convivencia –vivir el hombre con los demás, vivir en sociedad– requiere un orden, el desorden impide la convivencia. Sin orden la vida social no sería posible. Siguiendo la línea de Albaladejo: “Dios, creador del hombre, ha establecido la base del orden justo al prescribir a aquel unas reglas fundamentales a las que debe atenerse tal convivencia. El conjunto de esas reglas constituye el Derecho natural. Derecho que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre, y que representa la perfecta justicia o el ideal de lo justo”⁽⁷⁾. No obstante, los hombres al ordenar su convivencia han establecido y establecen un conjunto de reglas cuyo cumplimiento, ab initio, no se deja a la libre voluntad de los sujetos, sino que es susceptible de imponerse coactivamente.

(6) D. 1.5.2.

(7) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: Introducción y Parte general*. Vol. I. José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 19 y ss.

La función del Derecho, o mejor dicho, el papel que cumple el ordenamiento jurídico, es importante e incluso vital ya que es el encargado de establecer las pautas y límites que guíen la conducta humana para que esta no sea perjudicial a los intereses de los demás. A la vez, el hombre necesita paz y tranquilidad, igualdad y justicia para poder realizar su proyecto de vida, de lo cual se deriva otra función: evitar que surjan conflictos y en caso que estos se presenten, solucionarlos. “La sociedad se forma como una cosa exigida por la naturaleza, y (porque esa naturaleza es la naturaleza **humana**), como una obra cumplida por un trabajo de razón y voluntad, y libremente consentida. El hombre es un animal político, *i.e.* la persona humana reclama vida política, la vida en sociedad, no solamente con respeto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil”⁽⁸⁾. La persona necesita orden y seguridad en su vida, así el Derecho se vale de herramientas o fuentes como: la ley (lo que el Estado dice), la costumbre (lo que el pueblo dice), la jurisprudencia (lo que el juez dice), la doctrina (lo que los estudiosos dicen) y el criterio discrecional (decisiones del juez) que le permiten resolver jurídicamente problemas, logrando la sana convivencia en armonía, justicia, paz social.

El Derecho es único, como única la religión, la filosofía, la economía. Lo cambiante es la ley que debe ir adecuándose a las necesidades de las personas. En cada sociedad puede verse reflejada una normativa dispar a otras existentes, incluso contradictorias, y esto se da pues porque cada sociedad posee principios, dogmas y creencias distintas. La costumbre, idiosincrasia y cultura de los pueblos no es la misma, es más, las vivencias e interrelaciones de las poblaciones son tornadizas, inconstantes, discontinuas, lo que determina la imperante adecuación de las normas legales a cada realidad social y momento específico. De Ángel Yagüez sostiene que: “El Derecho no se comprende sin la existencia de la comunidad humana, de la sociedad. Del mismo modo que no podemos imaginar sociedad alguna que no se halle regida por un sistema, aún rudimentario, de reglas de Derecho (leyes). Esta observación se encuentra condensada en una máxima muy tradicional en la ciencia jurídica (*Ubi societas ibi ius*: Donde hay sociedad, hay Derecho)”⁽⁹⁾.

(8) MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943, p. 18.

(9) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Una teoría del Derecho: Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 33.

El Derecho está al servicio del hombre. Este es su razón de ser, parte de su *vocatio iuris*. Se dice que el Derecho es vida, representada en las relaciones personales y en la búsqueda de la coexistencia pacífica. Su esencia es, también, la esencia de la persona la que no es otra que la vida coexistencial, el diario convivir del hombre. Decimos “Derecho es vida” en una forma figurativa o simbólica a fin de compenetrar la estructura jurídica con los seres que la componen. Pero no es solo ello, además apreciamos una simbiosis entre Derecho y sociedad. El uno es para el otro, es una relación nativa, propia de los vínculos generados en el quehacer de los individuos. Con claridad lo vemos representado en la coexistencia **del hombre para el hombre y del Derecho para el hombre**.

2. PERSONA Y SUJETO

La relación del ser humano con la naturaleza es indispensable.

Como ser vivo forma parte de ella. Con su sola existencia física que implica respirar, comer, observar, pensar, etc., transforma el escenario que lo rodea, su hábitat. Pero el individuo no se limita a existir, busca “ser” y “realizarse” a través de sus obras, transforma el barro en ladrillos, con estos construye casas y organiza comunidades. Sus obras trascienden.

Resulta obvio afirmar que el ser humano es el actor principal en las relaciones sociales, es el protagonista del Derecho. En torno a él se desarrolla el ordenamiento normativo, pues merece una defensa y protección real de sus intereses. Por lo que resulta necesario, para su adecuado y eficiente resguardo legal, sistematizar jurídicamente la vida humana, *i.e.* el matiz y contenido jurídico. Es con base en este criterio que podemos dar a cada ser humano, de acuerdo a su estado, lo que justamente merece y para ello se ha creado la Teoría del Sujeto de Derecho, que tiene como fundamento la categorización de la vida humana, como veremos más adelante.

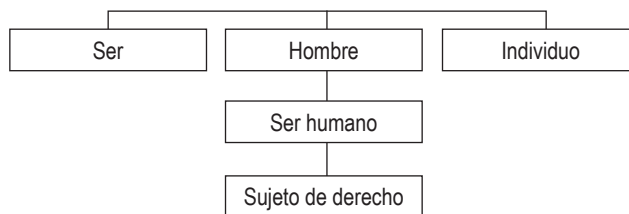
Amparar al hombre es una tarea prioritaria del Derecho. La vida merece protección, de allí que se hable que la dignidad es el máximo valor de la vida humana, y ambas terminan siendo términos complementarios, dignidad humana, *Würde des Menschen*. Bobbio sostenía que: “El Derecho como conjunto de normas de conducta y de organización tiene por fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del tejido social, la solución de conflictos que de no ser resueltos amenazan

con hacer imposible la subsistencia misma del grupo”⁽¹⁰⁾. El Derecho cumple el rol de evitar o resolver conflictos entre los individuos quienes representan el carácter dialéctico de cada sistema jurídico, con ello el Derecho trata de administrar mecanismos para hacer posible la convivencia del ser humano en sus relaciones intersubjetivas.

Dado que muchas disciplinas han estudiado la vida –en sus diversos estadios, formas, situaciones– le corresponde al Derecho determinar su contenido jurídico, pero entender el significado legal del ser humano no es tarea sencilla, además no se trata de una cuestión meramente semántica o terminológica, sino de la trascendencia que representa en cada disciplina el ser humano. Para esto debemos partir del análisis de conceptos básicos: ser, individuo, hombre, ser humano, sujeto de derecho y persona. Términos que son utilizados como sinónimos, en un lenguaje coloquial, pero en el campo jurídico, que está provisto de un tecnicismo lingüístico, es indispensable asumir una denominación acorde para cada ser que merezca la atención de la ley. Carnelutti manifestaba: “quien piense que el sujeto de un interés no es más que un hombre, puede llegar a confundir la noción de hombre con la de sujeto jurídico”⁽¹¹⁾.

2.1. Denominaciones y definiciones

A la persona se le ha dado un sinnúmero de denominaciones dependiendo de la ciencia que lo ha estudiado, así tenemos:



Indiscutiblemente esta es una clasificación con fines didácticos sin mayor repercusión, actualmente, en el ámbito jurídico. Alguna vez este esquema sirvió para diferenciar y así otorgar protección singular a la vida dependiendo –como ampliaremos luego– de algunos factores exógenos

(10) BOBBIO, Norberto. “Diritto”. En: *Dizionario di Política*. Editorial Torino, 1976, p. 320.

(11) CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Tomo I. Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 34.

(de su origen, extranjero; situación, esclavo) o factores endógenos (forma, monstruo).

2.1.1. Ser

Este término tiene una connotación esencialmente filosófica. Existencialismo.

Nos referimos al ser para indicar existencia, presencia, objetividad y, justamente, esa es su acepción lingüística: “Haber o existir”⁽¹²⁾. Es la esencia o naturaleza; lo creado, especialmente dotado de vida.

El ser, fue, es y será.

2.1.2. Hombre

Del latín *homo*, *-inis*; y del griego *ánthropos*.

Es un concepto filosófico y sociológico. El ser humano es un espacio histórico-cultural.

Es un concepto amplio, ambivalente, indeterminado. *Sup - specie iuris*.

Como tal, implica tanto al varón como a la mujer, a la unidad (uno solo) o a la colectividad (humanidad); se refiere al género humano. Representa a la especie de la cual somos parte, siendo todos los hombres iguales, quedan atrás las clasificaciones tendentes a dimensionar al hombre en base a sus cualidades:

<i>Pre</i>	<i>Sub</i>	Hombre	<i>Meta</i>	<i>Post</i>
Inferior			Superior	

Según Cabanellas: “Genéricamente, el animal racional; todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad y sexo”⁽¹³⁾, *humanum genus*. El hombre es un ser racional que vive en doble ambiente: el natural y el jurídico⁽¹⁴⁾.

(12) *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a edición, <www.rae.es>.

(13) CABANELLAS, Guillermo. “Hombre”. En: *Diccionario Jurídico Elemental*. 11^a edición. Heliasta. Buenos Aires, 1993, p. 152.

(14) OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*, Editorial Garcilaso, Cuzco, 1961, p. 182.

2.1.3. Individuo

Parte de la idea de la unidad, del aspecto unitario de un ser vivo.

“Individuo solamente significa lo que es uno y distinto entre los demás de su especie, así por ejemplo, un gorila es individuo: así es que tomada la palabra en este sentido cualquier animal es individuo”⁽¹⁵⁾. Con ello resulta válido afirmar que no todos los individuos son personas, pues el fenómeno de la individualidad es aplicable tanto a los objetos, en su sentido más laxo.

2.1.4. Ser humano

Mensh (alemán), *Human being* (inglés).

Es un concepto antropológico y biológico, considerado como una unidad sicosomática con tres billones de células, cuarenta y seis cromosomas y cien mil genes, el genoma que identifica a la humanidad.

Representa a la unidad *sico-bio-social*, esta es la tríada básica del desarrollo integral del ser humano. Se refiere al individuo perteneciente al género humano con características propias de la especie (*anthropos, homo sapiens*)⁽¹⁶⁾.

Lo humano implica en su acepción lingüística: “Pertenece al hombre o propio de él”. “El ser humano (...) es un ser individual, libre, creativo, estimativo, proyectivo, único, no intercambiable, idéntico a sí mismo y, simultáneamente, es un ser coexistencial, social, creado para hacer su vida con los demás seres humanos. De ahí que la libertad le es inherente, en cuanto constituye su propio ser, y que lo social no le sea algo exterior o ajeno, ya que esta calidad está también instalada en su propia naturaleza”⁽¹⁷⁾.

2.1.5. Sujeto de derecho

Es el centro de referencia legal al cual se le otorgan derechos y obligaciones, deberes y facultades; a quien se le presta una protección jurídica. Es el gestor del orden jurídico⁽¹⁸⁾.

(15) PARAS CUEVA, Eleácero. *Hombre y Estado*. Ed. de la Universidad de Nuevo León. Monterrey, 1959, p. 33.

(16) LÓPEZ DE LA VIEJA, M^a Teresa. “Ser humano”: En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada 2011, p. 1522.

(17) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 37.

(18) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., p. 99.

Puede ser sujeto de derecho individual, si se trata de una unidad vital a protegerse (persona natural o concebido) o, en su caso, sujeto de derecho colectivo, si lo que se protege es plural, múltiple o numeroso pero que en su conjunto busca la satisfacción de intereses similares (persona jurídica o ente no personificado).

Cuando utilizamos la palabra “sujeto” referimos, como dice el Diccionario de la Lengua Española, a una: “Persona innominada (...) cuando no se quiere declarar la persona de quien se habla, o cuando se ignora su nombre”. Es por ello que el concepto de sujeto de derecho trasciende al de persona, que se limita solamente a un aspecto corpóreo y común (persona natural). Evidentemente, solo el ser humano es capaz de actuar como centro de atribución de deberes y de derechos.

2.1.6. Persona

Pâneh (hebreo), *πρόσωπον* (griego), *persona* (latín).

Es un concepto jurídico.

Es el ser jurídico. Aquel estimado, valorado y apreciado jurídicamente. *Sub - jectum iuris* o sustrato único. Es el elemento permanente de todas las relaciones posibles de la vida civil⁽¹⁹⁾. El primer concepto fundamental del derecho privado es el de persona, titular de derechos (*Rechtssubjekt*) y destinatario de obligaciones, el segundo, relación jurídica (*Rechtsverhältnis*)⁽²⁰⁾.

La coincidencia entre persona y ser humano hoy en día es indiscutible, así también con el término hombre⁽²¹⁾. Refiere Menezes Cordeiro⁽²²⁾,

(19) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil, Esboço*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, Río de Janeiro, 1952, p. 18, nota al artículo 16.

(20) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María: *Código Civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 241.

(21) De igual manera: “Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual de la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales de la naturaleza. ¿Dónde está la libertad, dónde está la dignidad, dónde están los derechos de un trozo individual de materia? No tiene sentido que una mosca o un elefante den su vida por la libertad, la dignidad, los derechos de la mosca o del elefante. El hombre es un animal y un individuo, pero no como los otros. El hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad: no existe solamente de una manera física: hay en él una existencia más rica y más elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y en amor”. Maritain, Jacques. Ob. cit., pp. 12 y ss.

(22) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2007, p. 31.

en la Biblia la persona representa al ser inteligente, humano y divino: no como idea abstracta, inexistente, más como su representación: rostro⁽²³⁾, imagen⁽²⁴⁾.

La humanidad ha superado los fenómenos de la esclavitud y servidumbre que conducían a que muchos seres humanos fueran tratados como animales de carga, no como personas a pesar de ser hombres.

Esto significa que a pesar de reconocérseles la condición de hombres se les negaba la condición de persona, circunstancia que los relegaba a meros objetos de relaciones jurídicas y, en este sentido, tenían la condición de cosa.

Para el propio Ferrara⁽²⁵⁾, el término persona tiene tres significados:

- Sentido fisio-antropológico, hombre;
- Sentido teológico-filosófico, ente racional, consciente, capaz de querer, y;
- Sentido jurídico, ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho y capacidad.

Considera Kelsen⁽²⁶⁾ que si bien el hombre es persona, no por ello la persona es el hombre. El hombre es un objeto esencialmente distinto para el Derecho, al hombre de la Biología y de la Psicología, y no está en realidad, en tal relación con el Derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. En contraposición a ello, Satawsky ha mencionado que: “El concepto jurídico de persona se aparta del significado de la palabra ‘hombre’, pues este es un concepto filosófico, sociológico, psicobiológico, etc. No obstante, la persona en su concepto normativo jurídico está formado por ese mismo hombre en su actuación jurídica, mas el agregado del sentido jurídico de persona –igual para la persona jurídica individual que para la persona jurídica colectiva,

(23) Éxodo 33:14: “Y él dijo: Mi rostro irá contigo, y te haré descansar”.

(24) Génesis 1:26: Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; 1:27: Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó.

(25) FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. de Eduardo Ovejero y Maury. Reus, Madrid, 1929, p. 318.

(26) KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Labor, Barcelona, 1934, p. 83.

puesto que la diferencia esencial entre ambas no es jurídica, sino por sus dimensiones metajurídicas— no comprende la totalidad de las proyecciones y actividades del hombre, ni las situaciones y realidades totales del ente de existencia ideal, sino la objetivación unificada en el titular (sujeto de deberes y derechos) que normativamente se atribuyen a específicas situaciones y calidades genéricas y funcionales de la criatura humana o de determinados tipos sociales”⁽²⁷⁾.

3. ¿QUÉ NOS HACE HUMANOS?

La naturaleza tardó 4,5 millones en la evolución del hombre (el proceso de hominización).

La teoría de evolución de Darwin nos lleva a establecer que el *Australopithecus afarensis* —primer mono erguido que vivió hace 4 millones de años que pertenece a la familia de los hominoides— es nuestro antepasado, un protohumano.

Luego viene el *Homo erectus* —*Pithecanthropus*— con una capacidad craneal de 900 centímetros cúbicos alberga un cerebro más grande que su antecesor. Empieza a utilizar herramientas que facilitan su vida, alteran su alimentación, lo que conduce a desenvolvimiento de la inteligencia. El cambio de dieta, con una mayor ingesta proteica, coadyuva al crecimiento del cerebro y a su inteligencia, siendo capaz de resolver problemas. En dos millones de años su cerebro creció en un 20 %, a diferencia de otras especies. Su capacidad de sobrevivir no depende de la fuerza sino de su inteligencia. Utiliza y controla el fuego —como ningún otro animal— lo que representa un gran salto evolutivo y su mayor logro tecnológico. El fuego permite acondicionar su hábitat y, nuevamente, variar su dieta, cocinando; además de espantar a los animales le permite acorralarlos, lo que le da mayor capacidad de dominar la naturaleza. No tenía lenguaje, solo gruñía. Se extinguió hace 50 mil años.

Después viene el *Homo sapiens* (hombre sabio) pertenece a la familia *Hominidae*, es el llamado Hombre de Cro-Magnon y representa el paso al hombre moderno. Aparece en África hace 200 mil años. Con una capacidad craneal de 1400 centímetros cúbicos que alberga un enorme cerebro. Estar erguido, con las manos libres y la gran cantidad de ingesta

(27) SATANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho comercial*. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, p. 42.

proteica lo hace desarrollar física e intelectualmente. Se produce el gran salto, de primitivo a moderno, de cavernícola a una especie dominante y conquistadora. Hace 60 mil años aprendió a hablar y el lenguaje va generando una cultura. Es un animal simbólico, representativo, el uso de signos marca su vida y una trascendencia entre sus miembros (el hombre como animal semiótico). Una catástrofe mundial, quizá la erupción de un volcán en Indonesia, cambió por completo el clima por mil años y llevó a que solo los más fuertes sobrevivieran, esto aceleró su evolución. Luego viene la Era del Hielo que casi extingue al *Homo sapiens*, siendo reducida su población a tan solo 2000 individuos.

Finalmente, el *Homo sapiens sapiens*, sabio por excelencia. Utiliza su inteligencia para satisfacer necesidades, para alcanzar técnicas de supervivencia. Rediseña herramientas, utiliza un lenguaje articulado y, sobre todo, crea, innova, inventa, la máxima característica como humano. Empieza a expresarse en gráficos surgiendo el arte (hace 40 mil años) y con él los inicios de una rudimentaria escritura. De la mano con ello, principia a valorar la vida, expresa sentimientos, entierra a sus difuntos, les rinde culto, surge el espiritualismo y la creencia en seres supremos - dioses. Es el Hombre Moderno de hace 50 mil años. La división del trabajo, el sedentarismo y la aparición de la familia extingue las hordas dando paso a los clanes y estos a las comunidades. De su capacidad creativa surgen los signos de la propiedad y con estas las medidas de seguridad para preservar lo suyo, los inicios de las relaciones jurídicas y del trato social. El lenguaje le permite comunicarse y negociar, surgiendo las relaciones comerciales. Se avizora un mundo de reglas, de conductas reguladas. Los primeros signos de la justicia aparecen en mérito de su capacidad para resolver racionalmente posiciones a intereses consiguiendo una aceptación libre de los involucrados⁽²⁸⁾, lo que promueve la socialización hasta llegar a las modernas sociedades organizadas de nuestros días.

Se dice que la especie humana ha dejado de evolucionar. Otras tendencias consideran que los avances biotecnológicos impulsan a una nueva forma de evolución humana, mejor dicho de creación humana que nos lleva hacia un nuevo tipo de hombre, el *homo artificilis*.

(28) MENEZES CORDEIRO, António. Ob. cit., p. 25.

4. DERECHO CIVIL

El Derecho trata y regula la vida en sociedad.

4.1. Introducción

El Derecho desarrolla sus postulados de acuerdo a las necesidades del hombre.

Va creando normas e interpretándolas con el fin de lograr el bien común.

El Derecho es democrático e inclusivo, no es para unos cuantos sino de un Derecho de todos y para todos, sin discriminaciones, ni exclusiones. No podemos hablar de un Derecho de grupos.

Como el Derecho busca el bienestar, y este no es del todo fácil de conseguir dado la multiplicidad de requerimientos tanto de la persona, de la familia, de la sociedad así como del Estado es que el Derecho debe valerse de otras ciencias que coadyuvarán a lograr sus fines, de allí que se diga que muchas normas jurídicas tienen un matiz que va más allá de la raigambre jurídica. La situación que el Derecho sea multidisciplinario implica la versatilidad requerida para hacer frente a los todos avances y progresos que se presentan en la comunidad de vida del hombre. Solo el criterio jurídico sin más ayuda que sus propios elementos resultarían incapaces de satisfacer necesidades de la vida.

Es por ello que el Derecho tiende a tecnificarse, a derivar sus medios de regulación a estructuras jurídicas especiales dentro de las cuales, primordialmente, se encuentra el Derecho Civil.

4.2. Antecedentes

Roma es la cuna del Derecho Civil.

Allí teníamos al *ius civile* (Derecho de los ciudadanos romanos), *Ius gentium* (Derecho universal de las naciones).

4.2.1. La Ley de las XII Tablas

Originalmente, el Derecho Civil estuvo contenido en la Ley de las XII Tablas⁽²⁹⁾.

(29) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 95.

Durante los tres primeros siglos de Roma, el Derecho Privado tuvo como fuente única y cierta los usos y las costumbres⁽³⁰⁾, *i.e.* la tradición práctica de los antepasados, *mores maiorum*⁽³¹⁾.

Fue la tradición, y solo ella, la que sirvió para transmitir a las generaciones venideras los alcances y límites del Derecho consuetudinario aplicado en ese momento de la historia.

Relata Pomponio⁽³²⁾ que en la Época Republicana de Roma (462 a. C.) se nombró a un grupo de patricios para que estudien y se ilustren in situ de las leyes griegas (Derecho helénico), pues estas, en dicha época, eran las más celebres.

La misión encargada no era otra que recoger información para redactar un código de leyes aplicable a la sociedad romana. Las XII Tablas no fueron meras copias; en realidad se estructuraron con las bases de las leyes griegas para unir y sistematizar (en cierta manera) los usos y reglas del pueblo romano en un solo Derecho nacional para regir la vida en sociedad. Inclusive algunos autores consideran que no pudo existir copia o referencia alguna de las leyes griegas, pues el Derecho romano se encontraba ya formado, desde siempre, y que lo único que debía hacerse era escriturarlo y sistematizarlo. Esto último, parece ser, es lo que se fue a aprehender a Grecia para aplicarlo después en Roma

Esta búsqueda de legislación extranjera, emprendida por el pueblo romano se dio por la sencilla razón de que en dicho momento carecían de un sistema normativo de conductas. No había leyes. A decir de estos constantes conflictos, tenemos, que **Sempronio** se podía casar con **Porcia**, mujer de **Cayo**; **Cayo** podía hacer pastar a su ganado en los verdes pastos de **Ticio** y este último podía causar daño, y hasta matar, a **Secundus** sin problema alguno *ex post*; **Paulo** cavaba pozos en terreno de **Primus** extrayendo su agua. A esto le podemos agregar que los patricios se encontraban en constante pugna con los plebeyos. Los primeros querían mantener sus privilegios mientras los segundos solicitaban un régimen de igualdad. Conforme señala Iglesias⁽³³⁾, refiriéndose a los plebeyos,

(30) PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Albatroz, Buenos Aires, 1980, pp. 45 y 47.

(31) d'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. 5ª edición, revisada, Editorial de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1983, p. 47.

(32) Cfr. DíEZ-PICASO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 2ª reimpresión, 1982, p. 24.

(33) IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano* (Instituciones de Derecho Romano). Ed. Ariel Demos Derecho, p. 19.

“(…) estos querían que se provea a la redacción de un código común (...) aspiración esta que se ve colmada con la *Lex Tabularum*”. En sí, las XII Tablas representan el deseo de obtener un código escrito y público que los magistrados deban respetar y no puedan alterar a voluntad en contra de los litigantes plebeyos⁽³⁴⁾.

Es recién con esta codificación que patricios y plebeyos tuvieron conciencia de la unidad del Estado romano. Todo esto originó –dentro del conflicto de intereses de los romanos– que recurrieran en búsqueda de leyes (o de sistemas) que regulen sus relaciones vivenciales. Era de necesidad extrema.

Tras la larga y empeñada lucha, a la que agregamos las diferencias existentes, los patricios aceptaron de los plebeyos la iniciación de un cuerpo legal igual y uniforme para todos los romanos. En razón de ello, se inició el estudio de las leyes griegas. Y fue así. Llegados a la ciudad, los tres enviados romanos buscaron a quien los oriente en la construcción de leyes propias. Se dice, pero esto no es del todo afirmativo, que estos emisarios –lógicamente por órdenes– requirieron un sinnúmero de leyes pero el genio de los griegos recomendó bases generales (breves, precisas y de mucha rigurosidad) que eran suficientes para normar cualquier relación jurídica existente o por regular (Derecho de normación directo y derecho de previsión).

Luego de un largo año de tenaz investigación regresaron a Roma con las leyes griegas.

Para esto se suspendieron todas las magistraturas. Se designaron a diez hombres (*Decemviri*, del latín *decem*: diez y *vir*: hombre) que eran patricios con calidad de magistrados extraordinarios con encargo legislativo⁽³⁵⁾, quienes en el primer año redactaron una decena de leyes que fueron aprobadas inmediatamente por el Senado. Un año después (*i.e.* 451 a. C.), y como consecuencia de que las diez primeras leyes parecieron insuficientes, se eligen otros dos *viri* (ahora plebeyos), que publicaron las dos últimas tablas. De allí el nombre típico de esta, Ley de las XII Tablas o también recibe el nombre de Ley Decenviral.

(34) Vide. “Roman Law” (H.F.J./R.Po./M.A.M.). En: The New Encyclopaedia Britannica. Vol. 15, USA, 1985, p. 1055.

(35) d’ORS, Álvaro. Ob. cit., los llama *decemviri legibuss cribundis*.

Las XII Tablas se escribieron, o mejor dicho se esculpieron o grabaron, en el año 450 a. C., en unas tablas de bronce, marfil y roble. Luego fueron colocadas en el Foro o Tribuna de los Oradores y frente a la Curia. Posteriormente en la plaza con el objeto de que sean conocidas públicamente por todos.

Hecha la publicitación –valga la aclaración, abiertas las leyes a los ciudadanos– se produjo una discusión en el foro acerca de los límites y alcance de las mismas. Esto derivó en que, para solucionar el conflicto que se originaba por la interpretación de aquellas, se tuviera que recurrir a la Ley de los Prudentes. Además tenía muchas disposiciones no muy concisas o no del todo claras que, dando lugar a lagunas legales, era necesario interpretar para suplir dicho vacío. Esta interpretación era realizada por el Colegio de Pontífices.

Así se dice, y se dice bien, que el *Ius Civilis* nace propiamente de la *disputatio* y no solo eso, pues –*ab esentia*– el Derecho en general surge de la misma.

Es interesante señalar –conforme nos lo hicieron conocer cuando cursábamos el tercer ciclo de Facultad– que en el año 396 a. C. estas Tablas se perdieron en el incendio Gálico y su contenido se salvó pues los niños de esa época las aprendían cantando en las escuelas⁽³⁶⁾.

La Ley de las XII Tablas reglamentó el Derecho Privado y el Derecho Público⁽³⁷⁾. Además, es de mencionar que los romanos la consideraron la ley por excelencia⁽³⁸⁾, pues fue el molde para las demás legislaciones posteriores. Estaba compuesta de preceptos jurídicos y también funerarios⁽³⁹⁾.

(36) CORDERO, Luis. *Curso de Derecho Romano*. Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Unidad Didáctica N° 3, p. 17. Curso del tercer nivel de pregrado.

(37) Es de señalar la alocución que hace ARGUEYO (*Manual de Derecho Romano*, p. 62) citando a Tito Livio, quien la reputó fuente de Derecho Público y Privado. Huvelin manifiesta el carácter casi constitucional de las mismas. Además, Benjamín Roman (*Curso de Derecho Romano*, Universidad San Agustín de Arequipa, p. 19) aclara que contenía también disposiciones de orden esencialmente sagradas, normas sancionadoras de corte penal y procesal, las que eran aplicables a plebeyos y patricios. Sin embargo, en lo referente al método que utilizó conocemos el orden exacto solo por conjeturas (ORTOLAN. *Compendio de Derecho Romano*, p. 9) de esta Ley tan importante en Roma.

(38) PETIT, Eugene (Ob. cit., p. 50) establece que todo lo que de esta ley se derivaba era calificado de *legitimum* (a esta idea el autor agrega una nota a pie de página N° 2 que establece lo siguiente: “Así se han llamado tutelas legítimas a las que son organizadas por las XII Tablas”, Cfr. Ulp.X, @ 1.).

(39) d'ORS, Álvaro. Ob. cit. Además, este autor se remite a la nota N° 15, en la cual cita como referencia adicional a FONTES, I, p. 23.

La ley en análisis tuvo rigor hasta la época de Justiniano y es gracias a los estudios realizados de la misma, ora por Cicerón, ora por Plutarco, ora por Dionisio y del análisis de las Pandectas es que contamos, hoy en día, con fragmentos de las XII Tablas, pues es un documento que no se posee en la actualidad. Podemos decir que solo conocemos a esta ley por citas, referencias y comentarios de autores posteriores; sin embargo, muchas de las citas no siempre son muy exactas.

La Ley de las XII Tablas no fue derogada, solo superada por el Derecho posterior. Esto se da ya que los romanos, como tradición jurídica, superponían lo nuevo a lo antiguo sin desautorizar lo anterior, pues tomaban en consideración lo que provenía de los fundadores del derecho (*auctoritas iura condentium*)⁽⁴⁰⁾.

La Ley de las XII Tablas presenta como elementos de particularidad los siguientes:

- Primera codificación compuesta por leyes escritas.
- Sistematización del Derecho consuetudinario existente en Roma.
- Tenía un corte casuístico como toda ley antigua.
- Prohibió a los magistrados dar leyes contra algún particular.
- No fue derogada, se mantuvo como fuente viviente de Derecho.
- Legislabo numerosas materias como daños, familia, penal, constitucional, procesal, entre otras.

4.3. Definición

El Derecho Civil es el *Derecho Privado general*⁽⁴¹⁾.

Según Cifuentes, el Derecho Civil “suele ser el conjunto de normas que, por ausencia de soluciones específicas dentro de las otras ramas del derecho normativo, vienen a suplirlas, convirtiéndose en un fondo común de principios que tienen, por tanto, aplicación subsidiaria (...) atiende al hombre en sí mismo; sus relaciones familiares; sus vinculaciones civiles en su carácter genérico obligacional; sus relaciones con los objetos o cosas; la muerte y sus efectos posteriores (sucesión). Todas estas cuestiones

(40) d'ORS, *Ibidem*.

(41) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 23.

son propias y comunes a todos los hombres, al margen de sus empresas o preparaciones peculiares”⁽⁴²⁾. Para Romero Sandoval “es una rama del Derecho privado constituido por normas que reglan las relaciones y situaciones jurídicas relativas a la personalidad individual y colectiva, a la apropiación de los bienes, al aprovechamiento de los servicios y a la protección de los derechos”⁽⁴³⁾. Para Castro y Bravo “es el Derecho más propio y arraigado en el vivir del pueblo; pero a la vez y por ello, el que está más cerca de la órbita inmediata del Derecho natural”⁽⁴⁴⁾. Para Galindo Garfias⁽⁴⁵⁾ “es el conjunto de normas que se refieren a la persona humana como tal y que comprende los derechos de la personalidad (estado y capacidad), los derechos patrimoniales (obligaciones, contratos, sucesión hereditaria) y las relaciones jurídico-familiares (parentesco, filiación, matrimonio, patria potestad y tutela)”.

Cierta doctrina⁽⁴⁶⁾ se rehúsa al manejo de un concepto de Derecho Civil al requerir de un análisis profundo, exhaustivo y monográfico de la cuestión lo que ha sido objeto de numerosas obras en la doctrina extranjera. Además, son múltiples las dificultades y riesgos que entraña la definición del Derecho Civil:

- La complejidad inherente a la propia noción de Derecho.
- Como advirtió Javoleno que en materia de Derecho Civil, toda definición es peligrosa: *Omnis definitio in iure civile periculosa est* (D. 50. 17. 202, lavol. 11 epist.) (...);
- La cambiante vida del hombre, las transformaciones sociales y el venir/devenir de los descubrimientos tecnológicos lleva a constantes cambios en la vida humana que afectan al Derecho.

Hay que partir también del carácter relativo del concepto de Derecho Civil, esencialmente histórico, existencial y contingente; acaso, se ha dicho, incluso puramente convencional. Hasta el punto de afirmarse que

(42) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil: Parte General*. 4ª edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 3 y ss.

(43) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición, Ed. Los amigos del libro, Bolivia, 1994, p. 49.

(44) CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España, Parte general*. Tomo I, Madrid, 1955, p. 87.

(45) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edición, México, Porrúa, 1994, p. 93.

(46) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 15 y ss.

no existe el Derecho Civil sino los distintos Derechos Civiles que históricamente han tenido vigencia.

4.4. Denominación

Ius civile, Derecho privado, Derecho común, Derecho general, Derecho de la civilidad⁽⁴⁷⁾.

Incluso se le ha denominado Derecho Civil de la persona en razón que se encarga de todo respecto de ella⁽⁴⁸⁾.

Para Domínguez Martínez⁽⁴⁹⁾, de acuerdo a un análisis etimológico, civil proviene de *civitas* que es la ciudad, por lo que este Derecho corresponde al pueblo. Para Galindo Garfias⁽⁵⁰⁾ la etimología del vocablo “civil” (del latín *cives*, *civitatis*) permite captar mejor el concepto, así el Derecho Civil está constituido por un complejo de normas aplicables a los hombres que viven en sociedad, tomando en cuenta que *cives* –hombre de la ciudad– era el sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones y a él aplicaba en su plenitud el ordenamiento jurídico en mérito que era persona, ciudadano.

Ulpiano decía *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*. “El derecho civil es lo que, ni en todo se diferencia del [derecho] natural o del de gentes, ni en todo se acomoda a ellos: y así cuando agregamos o quitamos algo al derecho común obtenemos un derecho propio, esto es, civil” (Ley 6ª, Título I, Libro I del Digesto).

4.5. Naturaleza jurídica

Más allá de la discusión dentro de la *summa divisio iuris* en el sentido que se trata de un Derecho público, privado o mixto, es claro y preciso decir que el Derecho Civil es netamente privado, siendo su raíz el *ius privatum*, carente de una injerencia directa del Estado.

(47) CAUMONT, Arturo. “Los aportes *ius ambientalistas* en la categorización del daño”. En: *La Ley*, Año LXXVII, N° 131, Tomo La Ley 2013-D, jueves 18 de julio de 2013, p. 2.

(48) BERCOVITZY RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 196.

(49) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil - Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4ª edición actualizada, Porrúa, México, 1994, p. 8.

(50) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 93.

Su incumbencia solo entre particulares, siendo su interés la satisfacción de necesidades ordinarias y cotidianas de las personas. No obstante ello, tiene en su contenido normas imperativas y de orden público que merecen una aplicación directa sin admitir pactos en contrario. A decir de Albaladejo, “El Derecho Civil es Derecho privado, pero no es todo el Derecho Privado, sino solo el Derecho privado general. Regula, pues, las materias privadas para las que no haya dictadas normas o disposiciones particulares constitutivas de otros Derechos privados especiales”⁽⁵¹⁾.

Vidal Ramírez⁽⁵²⁾ nos dice que el ámbito de aplicación del Derecho Civil constituye el núcleo del Derecho privado, tal núcleo se forma por las relaciones y situaciones jurídicas en que se halla una persona por el solo hecho de existir.

4.6. Objeto

El Derecho Civil regula las relaciones privadas, los actos cotidianos, domésticos, diarios y quehaceres típicos de las personas. Es el Derecho del día a día que regula todo lo concerniente a la persona, sus situaciones y relaciones jurídicas. A través del Código, el Derecho Civil llena ese inmenso vacío de la vida de las personas.

En esta línea Bercovitz nos dice que “el Derecho Civil se autodefine como el Derecho de la persona, es decir, como aquella parte del ordenamiento jurídico que se ocupa de proteger las relaciones sociales más importantes para la persona”⁽⁵³⁾. En la misma línea Puig: “La persona es el eje central en torno al cual gira el Derecho Civil, en el sentido de que todo el Derecho –y no solo el civil– ha sido establecido para las personas”⁽⁵⁴⁾. Lasarte, por su parte, nos dice que “el Derecho Civil en su conjunto puede identificarse con el derecho de la persona, en el sentido estricto, en cuanto el objeto propio de las instituciones que aborda, reducido a su mínimo común denominador, es la persona”⁽⁵⁵⁾.

(51) ALBALADEJO, Manuel. Ob. cit., p. 37 y ss.

(52) Cit. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2000, p. 40.

(53) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 197.

(54) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 1 y 2.

(55) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 149.

El Derecho Civil es parte de un todo orgánico que es el Derecho que permite una regulación general y amplia de las relaciones humanas privadas. Su objetivo es regular las diferentes conductas y vivencias del hombre en una sociedad. Como dice Lete del Río⁽⁵⁶⁾, por las concepciones filosóficas del racionalismo y del individualismo liberal, el Derecho Civil es el Derecho del individuo.

El Derecho Civil regula la vida del hombre desde que es concebido hasta que muere. Su campo se ubica incluso fuera de la misma vida del sujeto tratando lo referente a la vida jurídica existencial del *conceptus*, del cadáver y los actos de última voluntad, mortis causa. El Derecho Civil es un Derecho general, fundamental, de allí que se le conozca como Derecho común en la medida que es para todos los seres humanos, sin tener en cuenta sus consideraciones personales como edad, sexo, nacionalidad, profesión o situación social, a las cuales considera solo en forma accesoria o secundaria.

4.7. Importancia

El Derecho Civil es la ordenación normativa de la vida social de las personas.

Su uso es tan o más importante que la Constitución, conforme se lo he escuchado decir tantas veces a Mario Castillo Freyre, por su aplicabilidad continua y permanente. Un ciudadano tiene más trato con el Código que con la Constitución. Está más a la mano, más cerca de él permitiendo la realización de sus actos y la satisfacción de sus necesidades primarias y complementarias.

El Derecho Civil es el tronco de todas las ramas del Derecho privado⁽⁵⁷⁾. Con un criterio político Bercovitz nos dice: “(...) Derecho Civil, al igual que cualquier otra rama del Derecho (incluso las de apariencia más aséptica), no puede sino reflejar un concepto de persona acorde con los intereses de la burguesía”⁽⁵⁸⁾.

(56) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 17.

(57) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 21ª edición, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 18.

(58) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Ob. cit., p. 109.

4.8. Contenido

Vidal Ramírez⁽⁵⁹⁾, siguiendo la clásica doctrina, considera que el contenido propio del Derecho Civil lo relativo a la persona, a la familia y el patrimonio.

Como refiere Lete del Río: “la primera materia del Derecho Privado es el Derecho de las Personas”⁽⁶⁰⁾ y ello ha sido considerado reiteradamente, por ejemplo, la doctrina española ha manifestado que el Derecho Civil es el Derecho de la Persona, idea esta que se sustenta en un criterio lógico: el objeto de regulación más frecuente y general del Derecho Civil son las instituciones que a la persona se vinculan y le incumben. Esta tradición en la dogmática hispana tiene su origen en Díez-Picazo⁽⁶¹⁾, quien asimilaba el Derecho Civil, con el Derecho común.

De forma gráfica Vidal Ramírez⁽⁶²⁾ nos dice que hay un:

- **Derecho Civil objetivo**, representado por el Código Civil y sus normas, y:
- **Derecho Civil subjetivo**, representado por los derechos civiles subjetivos, facultades que confiere y reconoce el Derecho Civil objetivo al sujeto de derecho, representado por derechos personales, familiares, hereditarios, reales, creditorios, registrales e intelectuales

4.9. Sujetos

Son las personas en general, naturales o jurídicas. También, y con especial criterio normativo, el concebido y el ente no personificado.

4.10. Objetos

Las cosas, facultades, prestaciones. Es lo material e inmaterial.

(59) Cit. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2000, p. 42.

(60) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 17.

(61) Se sostiene que el Derecho Civil es común, por cuanto cumple una función supletoria, esto significa, cuando en las demás ramas del Derecho una situación no está regulada, se acude a las normas y principios generales de aquel. Esto se encuentra consagrado en el artículo 9 del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que indica “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

(62) Cit. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 43 y ss. y p. 262 y ss.

4.11. Características

Las características del Derecho Civil son:

- Es un Derecho base, general y de aplicación básica en las relaciones sociales.
- Sus normas regulan los actos cotidianos de la vida privadas de los individuos.
- Establece los principios rectores de la vida en sociedad.
- Regula todos los actos o hechos de la vida del hombre desde que es concebido hasta su muerte, incluso la trascendencia de su muerte.
- Norma las situaciones jurídicas y relaciones comunes y ordinarias del hombre, su patrimonio y familia.
- Sus normas se aplican a todas las materias de Derecho privado que no tengan una regulación especial, en caso que estas últimas tengan vacíos se aplica supletoriamente el Derecho Civil.

4.12. Finalidad

Regir la vida de los ciudadanos, de las personas en su día a día. Su finalidad, que trasciende del contenido de los demás tipos de Derecho, es la protección y defensa de la persona, tratamiento de la familia, regulación del patrimonio y de su transmisibilidad.

La vida social, cotidiana y doméstica, regulada conforme a la práctica de social natural y común es la finalidad del Derecho Civil.

4.13. Clasificación

El Derecho Civil es una rama del Derecho bastante amplia, tan extensa y variada como los actos de las personas.

Esto ha implicado que realice una clasificación de las relaciones jurídicas que están dentro de su ámbito, de manera que su tratamiento sea efectivo y real, de esta manera regula a los denominados derechos y relaciones jurídicas civiles con base en la siguiente categorización.

4.13.1. Extrapatrimonial

Parte del aspecto moral.

Regula las relaciones de las personas que no pueden ser valoradas económicamente.

Tal es el caso de los derechos, estado civil, capacidad, y por ende, escapan al contenido del patrimonio (valor monetario).

En este aspecto no podemos hablar de reglas económicas de teoría de inversión ni de costo-beneficio, ya que los derechos no son negociables, ni cedibles, son intransferibles. El tipo de relaciones aquí reguladas están inspiradas en valores y en razones esenciales del ser humano, así tenemos que no son valuables y se encuentran fuera del comercio de los hombres. V. gr. la vida, integridad, identidad, fidelidad conyugal o el amor filial escapan de los márgenes pecuniarios.

Es necesario dejar en claro que la naturaleza extrapatrimonial de un derecho no implica que su lesión no pueda conllevar una indemnización económica.

4.13.2. Patrimonial

Parte del aspecto económico.

En este caso sí existe una valuación económica de los vínculos jurídicos generados entre las personas y de hecho que son realizados especialmente para obtener un beneficio lucrativo. El contenido patrimonial implica que el beneficio en el acto jurídico realizado no sea exclusivamente moral sino, fundamentalmente, económico, de ganancia para las partes intervinientes.

Tal es el caso de los derechos reales, obligaciones y contratos.

4.13.3. Mixto

Esta parte del Derecho Civil tiene una doble connotación, por una parte regula los actos valuables económicamente y por otra sistematiza, con un tratamiento especial, las relaciones jurídicas.

Conforman este rubro el algunos derechos de las personas (nombre, imagen, voz, autor) así como el Derecho de familia y el de sucesiones (ambos en su doble aspecto: lo moral y lo económico).

Su naturaleza es de ser mixtos porque pueden ser considerados de carácter patrimonial, en tanto que otros son extrapatrimoniales.

Lo desarrollado anteriormente lo presentamos de manera metódica en el siguiente gráfico:



Lo cierto es que esta clasificación es meramente metodológica, aplicativa, de enseñanza, teórica.

4.14. Principios del Derecho Civil

Los principios son importantes al marcar y orientar el sistema jurídico.

Son proposiciones generales que informan con una amplia base valorativa sobre la cual se construye el sistema jurídico civil.

Entre ellos tenemos:

- Principio de buena fe.
- El error no genera derecho.
- Principio de los actos propios.
- Principio *pacta sunt servanda*.
- Principio del sujeto de derecho.
- Principio de la propiedad privada.
- Principio de irretroactividad de la ley.
- Principio de autonomía de la voluntad.
- Principio de la teoría de la imprevisión.
- Principio prohibitivo del fraude a la ley.
- Principio prohibitivo del abuso del derecho.
- Principio de responsabilidad total del deudor.
- El Derecho Civil es democrático e inclusivo.
- Principio de condena del enriquecimiento ilícito.
- Principio de transmisión patrimonial por muerte.

- Principio de orden público y las buenas costumbres.
- Principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa.
- Formalidad y solemnidad para ciertos actos jurídicos.
- La capacidad se presume y la incapacidad debe probarse.
- Principio *neminem laedere*, todo daño debe ser indemnizado.
- Principio de exclusión de poder alegar la propia torpeza o valerse de la ilicitud del acto propio.

Para Paulo Lôbo⁽⁶³⁾ son:

- Principio de libertad.
- Principio de buena fe.
- Principio de igualdad.
- Principio de solidaridad.
- Principio de función social.
- Principio de autonomía privada.
- Principio de dignidad de la persona.

Para Mota Pinto⁽⁶⁴⁾ son:

- Buena fe.
- Propiedad privada.
- Autonomía privada.
- Responsabilidad civil.
- Relevancia jurídica de la familia.
- El fenómeno sucesorio y el suceso de la muerte.
- Concesión de personalidad jurídica a las personas colectivas.
- Reconocimiento de la persona y los derechos de la personalidad.

(63) LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte general*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 67 y ss.

(64) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 95 y ss.

5. CODIFICACIÓN

5.1. Introducción

La tendencia a reunir en códigos las legislaciones de diferentes ramas del Derecho es cada vez más acentuada, básicamente por las enormes ventajas que ofrece. Pero no todo es susceptible de codificación, solo aquellas normas que ofrecen permanencia como ocurre con las del Derecho Civil o, por lo menos, una relativa permanencia, como las penales. De ahí que constituya un motivo de polémica la posibilidad, o siquiera la conveniencia, de formar un código en otros ámbitos o áreas.

La codificación marcó el fin de una época en la que el Derecho Romano era el Derecho Civil por antonomasia. A partir de entonces, el Derecho civil se identificaría con los distintos Derechos nacionales codificados (todos herederos del Derecho Romano)⁽⁶⁵⁾. Stein⁽⁶⁶⁾ plantea que en el siglo XVIII el Derecho Civil Romano estuvo envuelto en el movimiento intelectual de la Ilustración. La filosofía del Derecho natural racionalista proclamó que un grupo completo de leyes debía ser organizado de forma simple y racionalmente, eliminándose las complejidades existentes y que todo lo que era necesario para promulgarlo era simplemente el deseo del príncipe. Los gobernantes estaban ocupados en consolidar su poder sobre diversos dominios, cada uno con una amalgama diferente de Derecho romano y Derecho consuetudinario, y vieron en la imposición de un único código jurídico para todos los territorios una vía para unificarlos.

Al mismo tiempo consideraban que mediante la existencia de un código se podía limitar la dependencia de los tribunales, que muy a menudo personificaban los intereses poderosos de la aristocracia real. En ese contexto, el Código se proponía reemplazar las arcaicas normas que se habían convertido en superfluas, anticuadas e intrascendentes. La codificación fue rechazada por la Escuela Histórica del Derecho⁽⁶⁷⁾ porque se

-
- (65) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 36.
- (66) STEIN, Peter G. *El Derecho Romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*. Siglo veintiuno de España Editores. Madrid, 2001, p. 153.
- (67) La Escuela Histórica del Derecho, también conocida con el nombre de Historicismo jurídico, es una corriente teórica que ve en el pasado histórico de los ordenamientos jurídicos, en el espíritu popular (*Volksgeist*) y en la costumbre, la fuente de todo derecho, y no en la ley que es el resultado de la codificación de estos actos que históricamente se vienen afirmando por la convicción y la conciencia popular que es donde se desarrolla el derecho. Han sido fieles representantes los jurisconsultos germanos Gustavo Hugo (1768-1834), Federico Carlos de Savigny (1779-1861) y Jorge Federico Puchta (1778-1846).

pensó que los códigos eran definitivos y ello no permitiría el perfeccionamiento gradual del Derecho, tesis que no prosperó.

5.2. Antecedentes

Códigos generales

El Código más antiguo es el de Hammurabi (Babilonia, 1760 a.C.). Viene la Ley de las XII Tablas (Roma, 450 a.C.) y el Código de Manú (India, 200 a.C.).

El aporte de la sociedad romana a la esfera jurídica, muchos años después, es demostrado a través de una serie de codificaciones como fueron: Código de Papiriano (*Lex papiria*), Código Hermogeniano, Código Gregoriano (330), Código Teodosiano (438) y el Código de Justiniano (529 y 534) este último conocido como *Codex Iustinianus* (técnicamente debiera ser calificada como una compilación), también conocido como el *Corpus Iuris Civilis*.

Códigos especiales

Luego vienen, esencialmente, los códigos germánicos, como el Código Prusiano (ALR) 1794, Código Civil austriaco (WGB) 1797 y el Código civil para territorios de la lengua alemana (ABGB) 1811.

La codificación “se ha dado en casi todos los pueblos desde muy antiguo, y obedece a la necesidad de ordenar y simplificar la legislación que se ha ido acumulando en el curso de tiempo”⁽⁶⁸⁾.

5.3. Definición

La palabra “Código” viene de la voz latina *Codex* que fue la colección de Constituciones de los emperadores romanos hecha por disposición de Justiniano.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, codificar es **hacer o formar un cuerpo de leyes armónico y sistemático**.

Codificar consiste en la reunión de diversas leyes de una misma temática en un cuerpo legislativo orgánico. Es la acción enmarcada en un proceso que tiene como resultado los códigos que son cuerpos legales

(68) LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélica. *Derecho Civil: Parte general*. 2ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 67.

sistemáticos, redactados con la técnica legislativa más depurada, racional y mayormente cercana a las necesidades del ámbito geográfico sobre el cual rige. Es aquella técnica que permite agrupar, orgánica y sistemáticamente, normas jurídicas expresadas como reglas y principios explícitos, labor encargada a una comisión de especialistas (comisión redactora).

La codificación es, tal vez, el fenómeno más complejo de la historia jurídica pues no solo se reduce a una mera compilación o recopilación de leyes⁽⁶⁹⁾ sino que involucra una organicidad, coherencia y principios presentes en una comunidad.

La codificación no es una mera compilación o recopilación, es algo más elaborado, pensado y procesado orgánicamente.

En algunos supuestos la jurisprudencia, como fuente del Derecho, es un Derecho no codificado, v. gr. cuando se resuelve sobre un caso no regulado en la ley.

5.4. Características

Los Códigos tienen la ventaja de agrupar en un solo cuerpo normativo todas o gran parte de las pautas sobre determinada rama del Derecho, facilitando el estudio, interpretación y aplicación del Derecho.

Entre las principales características tenemos:

- Se sustenta en el *ius scriptum* y es el típico Derecho objetivo.
- Regula una rama especial del Derecho.
- Generalmente tienen un Título Preliminar.
- Su redacción es encargada a una comisión de especialistas para su posterior discusión, revisión y aprobación por el Poder Legislativo.

(69) No debemos confundir codificación con compilación, esta última son las colecciones de leyes de diversas épocas, agrupadas conforme a distintos criterios que pueden ser de orden cronológico, numérico, sobre materias, etc., pero conservando cada una su propia individualidad y, por tanto, desprovistas de organicidad. Indica Vidal Ramírez que “mientras en las recopilaciones o compilaciones se da contenido a un material jurídico que no guarda organicidad y se mezclan elementos sin previa depuración, en los Códigos se da contenido orgánico al material jurídico y se establece una normativa nueva que va a iniciar su vigencia derogando la normativa anterior”. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. WG Editor. Lima, 1992, p. 52.

- Constituyen una de las normas de mayor importancia dentro del sistema jurídico.
- Cuenta con una estructura que le permite agrupar, ordenada y sistemáticamente, todas las instituciones del Derecho que regula.
- Deben ser redactados tomando en cuenta la realidad social, la legislación nacional, la doctrina, jurisprudencia, costumbre y las condiciones sociales.

5.5. Objetivos

Carrasco⁽⁷⁰⁾ considera que la codificación es hija de la Ilustración europea, realizando en el ámbito del Derecho los ideales de orden, concisión y claridad en la ordenación de las normas.

Entre sus objetivos tenemos:

- Aclarar preceptos legales dispersos, desordenados, inalcanzables.
- Hacer más inteligible, llevadero, amigable, inclusivo y manejable el Derecho vigente.
- Acceso al Derecho, a las normas y principios que rigen determinada materia.
- Permite un progreso político y jurídico.

5.6. Importancia

La sistematización y regulación en un solo texto del conjunto de normas que están orientadas a regular cierta actividad permite a los ciudadanos no solo un acceso a las instituciones legales sino, también, un acceso a la justicia.

Involucra el mecanismo mediante el cual el legislador organiza sistemáticamente un conjunto de normas que tienen un mismo sentido en su regulación con el fin de que el operador lo tenga a la mano de manera fácil y directa.

La importancia de los Códigos es trascendental en la convivencia de los pueblos.

(70) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 36.

5.7. Casos de aplicación

El anhelo de unificar una pluralidad legislativa del país donde existen varias legislaciones o la aspiración de sustituir un Derecho que no corresponde a las nuevas circunstancias políticas, sociales o economías existentes.

5.8. Código Civil

El “Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas jurídicos (o, al menos, los principales y generales) de la materia unitariamente acotada”⁽⁷¹⁾. Es la agrupación orgánica y sistemática de todas las normas que se refieren al Derecho Civil⁽⁷²⁾.

En el sistema romano-germánico el Derecho Civil ha tendido a estructurarse y desarrollarse en un cuerpo normativo denominado Código tomando base a la persona y al patrimonio.

El Código Civil es la positivización del Derecho Civil. En él se plasma la manera como la sociedad entiende las relaciones entre los particulares que la componen⁽⁷³⁾.

Es el conjunto de disposiciones ordenadas sistemáticamente que de un modo completo y unitario regulan la vida en la sociedad civil.

Muchas veces su amplitud y variedad normativa determina la existencia de normas anómalas, como dice Chiappini⁽⁷⁴⁾, existen en el Código normas inconstitucionales (contrarias a la Carta Magna), arrogantes (contradictan principios jurídicos), procesales (de aplicación), contradictorias entre sí (con criterios diversos), normas impropias (aquellas que definen).

5.8.1. Code Napoleón de 1804

Llamado Código napoleónico o, simplemente, *Code*. Se le conoce como la Constitución Civil de los franceses. Tuvo una enorme trascendencia

(71) LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. cit., p. 55.

(72) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición, Ed. Los amigos del libro, Bolivia, 1994, p. 62.

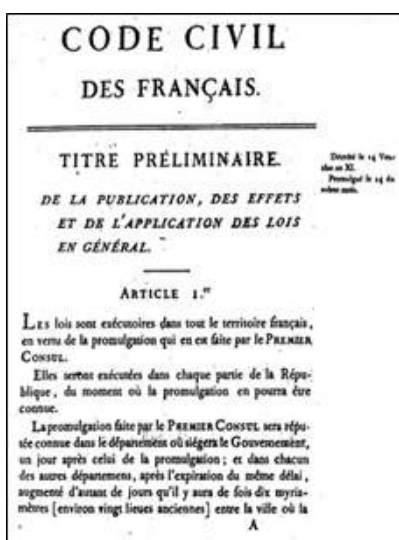
(73) ESPINOZA ORREGO, Francisco Santiago. *Derecho de las personas*. Fondo editorial Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca, junio 2007, p. 24.

(74) CHIAPPINI, Julio. “La variedad normativa del Código Civil”. En: *Suplemento Actualidad, La Ley*. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2006, p. 2.

en el Derecho francés a punto tal que se llegó a decir “No conozco el Derecho Civil, conozco solo el Código de Napoleón”⁽⁷⁵⁾.

Francia fue el primer país que en mejor medida expresó en su historia la equivalencia entre codificación y revolución; aquella es hija de esta⁽⁷⁶⁾.

Existió la intención del proceso revolucionario, de elaborar un Código Civil durante el mandato de la Convención Nacional, a cargo del jurista **Cambacérès**, que no prosperó pero fue tomado muy en cuenta para la elaboración del Código de 1804.



Bien dice Romero Sandoval⁽⁷⁷⁾ que la Revolución de 1789 creó el clima favorable para comprender la obra de una codificación general del Derecho en Francia dado que al haberse proclamado la igualdad ante la ley era preciso dotar al país de un conjunto de normas igualmente obligatorias para todos. Lo cierto, como acota De Buen citando a Planiol⁽⁷⁸⁾ es que el *Code* tuvo la suerte de ser hecho en el momento más favorable: redactado antes; durante la revolución hubiera cedido con exceso a las pa-

(75) BONNECASSE, Juliane. *Science du droit et Romantisme*, RecueilSirey, París, 1928, p. 8.

(76) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 37.

(77) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho civil*. 4ª edición, Ed. Los amigos del libro, Bolivia, 1994, p. 49.

(78) Cit. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2000, p. 55.

siones revolucionarias, a los arrebatos políticos; redactado más tarde se hubiera resentido de las severidades del régimen militar y de la reacción.

Napoleón lo impulsó porque quería dominar el mundo y, para hacerlo, necesitaba un Derecho sistematizado. En la época de la Conquista, los soldados cargaban en su morral una daga y un Código Civil para establecer las leyes francesas en cada sitio que llegaban.

El *Code*⁽⁷⁹⁾ es de fácil lectura. Está hecho para que sea entendible por el pueblo. Es extenso, dividido y clasificado. Napoleón vio un nuevo código no solo como una necesidad legal, sino un medio de consolidar el nuevo régimen y como un instrumento de reconciliación. Su intención fue promulgar un código que todo hombre pueda leer, entender, permitiendo a todos los ciudadanos conocerlo.

Propiamente dicho, el Código de Napoleón no derogó a ningún Código precedente, sino que marca un hito para el desarrollo de la codificación, buscando desterrar para siempre los privilegios feudales, e imponiendo las libertades individuales, las de conciencia y las de trabajo, en un Estado laico.

5.8.1.1. Comisión redactora

Napoleón encargó su redacción a cuatro de los juristas más importantes de Francia:

- François-Denis Tronchet, quien había tenido una larga carrera judicial, defensor de Luis XVI, con una inclinación hacia el Derecho consuetudinario del Norte;
- Jean-Étienne Marie Portalis, experto en Derecho Romano y un católico fiel;
- Félix Julien Jean Bigot de Prémeneu, defensor del Derecho consuetudinario y,
- Jacques de Maleville, abogado de Burdeos y experto en la ley romana,

La carga ideológica del Code Napoleón responde a un marcado positivismo exegético, postura que redujo el Derecho a la ley escrita.

(79) Paolo Grossi indica que el *Code* es el hijo legítimo de la ilustración jurídica, tal y como ha sido vivida, realizada y también transformada durante la multiforme experiencia revolucionaria. Este es un vínculo histórico que va más allá de la banal contigüidad entre Code e innovaciones político-jurídicas revolucionarias. GROSSI, Paolo. *De la codificación a la globalización del Derecho*. Trad. de Rafael D. García Pérez. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 64.

5.8.1.2. Estructura

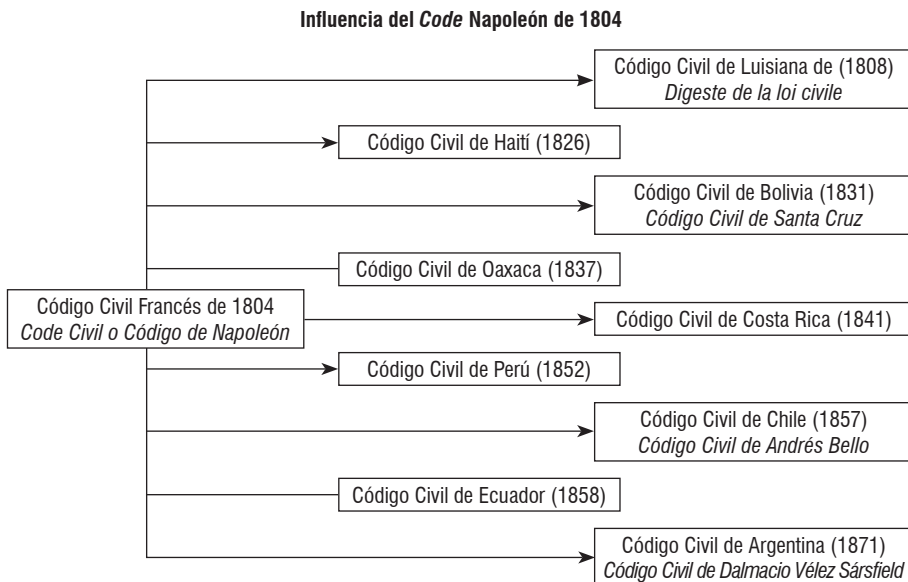
Consta de 2282 artículos, un Título Preliminar (6 arts.) y de tres libros.

- Libro I, De las Personas,
- Libro II, De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad, y;
- Libro III, De las diferentes maneras de adquirir la propiedad.

Lo cierto es que muy poco del original se conserva en el texto vigente, casi el 60 % ha sido dejado sin efecto por cambios legislativos o nuevos criterios jurisprudenciales.

5.8.1.3. Influencia

Este Código marca a muchos países que miran esta gran obra de codificación y la siguen como ejemplo (España de 1889) otros países, simplemente, lo copiaron (Haití, 1826; República Dominicana, 1864; Bolivia, 1831). Otros lo tomaron como modelo: Argentina (1869), Costa Rica (1887), Cuba (1899), Chile (1857), Guatemala (1887), Italia (1865), Perú (1852), Uruguay (1868), Venezuela (1873), así también Bélgica, Holanda, Polonia y Rumanía.



5.8.2. Código Civil alemán de 1900

Llamado BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

El segundo Código en importancia es el alemán de 1900.

A diferencia del francés, los alemanes marcan una distancia y lo redactan de manera compleja. Estaba dirigido para las personas que conocían del tecnicismo del Derecho.

En 1874 se nombró a la Comisión preliminar que debía proponer el plan a seguir y la forma de desarrollar el Código.

En sentido estricto no derogó Código alguno, sino leyes no codificadas que habían estado rigiendo en el territorio del Imperio alemán.



5.8.2.1. Comisión redactora

Una vez aprobado el plan designó en 1874 el “Bundesrat” una Comisión para la formación del Proyecto.

Integraban la comisión 11 miembros, entre ellos:

- Bernhard Windscheid.
- Max Planck.

Cinco redactores, en una labor de siete años, elaboraron proyectos parciales de los cinco libros. En 1887 fue entregado el Proyecto terminado al Canciller del Reich, con una exposición de motivos redactada por colaboradores auxiliares sin la responsabilidad de la Comisión⁽⁸⁰⁾. El “Bundesrat” aprobó en 1896 el Proyecto con algunas modificaciones, finalmente el 1 de julio de 1896 fueron aprobados el BGB y la Ley de Introducción con notable votación a favor⁽⁸¹⁾.

5.8.2.2. Estructura

Consta de 2385 artículos y cinco libros.

- Libro I, Parte general.
- Libro II, De las relaciones obligatorias.
- Libro III, Derecho de las cosas.
- Libro IV, Derecho de familia.
- Libro V, Derecho sucesorio.

Independiente al Código, hay una Ley de introducción al Código Civil alemán (EGBGB).

5.8.2.3. Influencia

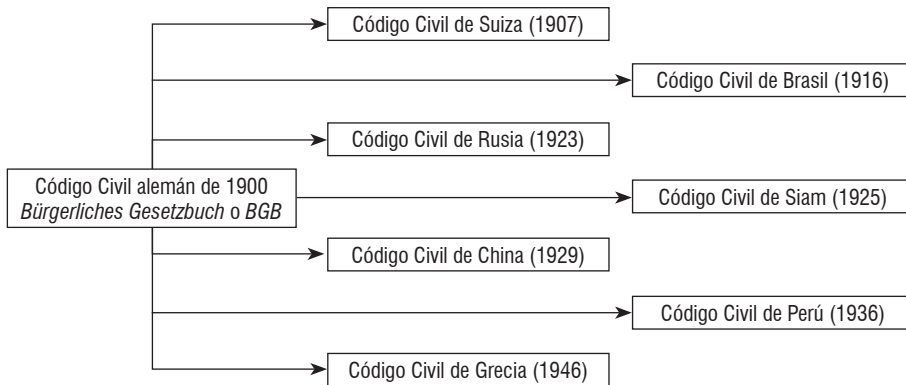
El Código alemán se consolida en el panorama europeo y logra influir en diversas legislaciones como: Brasil (1916), China (1929), Grecia (1940), Perú (1936), Suiza (1907), Rusia (1923), Tailandia (1925) entre otros.

Así también en Japón, Corea del Sur y Taiwán, entre otros.

(80) LEHMANN, Heinrich. Ob. cit., p. 27.

(81) Las estadísticas nos indican que: “De 288 diputados presentes votaron 222 a favor, 48 en contra, y hubo 18 abstenciones; 50 diputados estuvieron ausentes”. LEHMANN, Heinrich. Ob. cit., p. 29.

Influencia Código Civil alemán de 1900



5.8.3. Codice Civile de 1942

Llamado el *Codice*.

Finalmente, el último Código de relevancia es el italiano de 1942.

Es un Código asequible, que permite que las nuevas instituciones jurídicas sean alcanzadas y comprendidas por el pueblo.

Los fundamentos ideológicos nos permiten ver que el *Codice* es de corte social, aunque no tiene ideología fascista, como se pretendió. Busca el bien común, de modo que la autonomía de la voluntad está restringida. Introduce novedades como la tutela del ser humano como tal, la supremacía de la sucesión legal y una tendencia a unificar obligaciones mercantiles y civiles.

Representa una primera estructura, un primer sistema de legislación que ha trascendido y, por ende, se ha legitimado socialmente. Algunos dicen que se trata de un Código rural y todavía no, por lo tanto, adecuado para expresar plenamente las necesidades de un mundo que está emergiendo producto de la globalización. Sin embargo, algunas reformas importantes, como el derecho de sociedades en el 2003 han contribuido a modernizar el Código.

Derogó al Código Civil de 1865.

5.8.3.1. Comisión redactora

En el año 1930, Manuel III forma una Comisión codificadora que tiene como finalidad cambiar el Código de 1865 e insertar en el nuevo Código la ideología socialista.

El proyecto de redactar un nuevo Código comenzó en 1922 bajo la dirección de:

- Vittorio Scialoja.

Fue completado en 1942⁽⁸²⁾.

“El resultado de este largo proceso es un Código prolijamente elaborado y que representa un modelo de síntesis entre los dos modelos ‘antagónicos’: El francés y el alemán (...) Por lo demás, el Código de 1942 incluyó institutos novedosos –al menos entonces– que le otorgaron al Derecho Civil italiano una perspectiva distinta a la existente en otros países”⁽⁸³⁾.

Vega Mere dice, sin equivocarse, que el Código italiano con tantas originalidades no fue elaborado desconociendo el *Code* ni el BGB, al contrario fungieron de inigualable paradigma, de forma que el *Codice* sintetiza a ambos⁽⁸⁴⁾.

5.8.3.2. Estructura

Consta de 2969 artículos, un Título Preliminar - Disposiciones de la ley en general (31 arts.) y seis libros.

- De la persona y la familia.
- De las sucesiones.
- De la propiedad.
- De las obligaciones.
- Del trabajo.
- De la tutela del Derecho.

(82) Respecto al proceso de elaboración del Código Civil italiano de 1942 véase: BONINI, R. “Del Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942”. En: *I Cinquant'anni del Codice Civile*. Vol. I. Milán, 1993, p. 27 y ss.

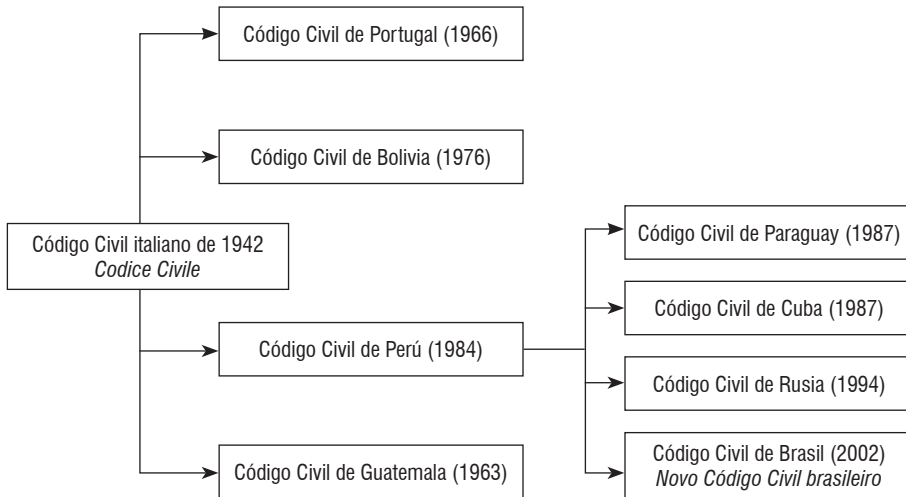
(83) LERNER, Pablo. “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2012, p. 178.

(84) VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Tomo I, Grijley, Lima, 1996, p. 107.

5.8.3.3. Influencia

El *Codice* logra influir en diversas legislaciones como: Portugal (1966), Bolivia (1975), Perú (1984).

Influencia del Code Civile de 1942



6. CÓDIGOS LATINOAMERICANOS

6.1. Código Civil chileno - 1857

Tiene como figura a Andrés Bello.

Aún vigente, no fue hecho en Chile, sino en Venezuela, porque Bello estaba deportado. De ahí a que los Códigos de ambos países sean parecidos, este Código marcó hito en los Códigos de muchos países de Centroamérica. En 1840, Andrés Bello inició la tarea de codificar el Derecho Civil, ya que en Chile continuaban usándose las leyes hispanas. Terminó la obra en noviembre de 1855 y el Congreso la aprobó el 14 de diciembre del mismo año. Finalmente, el Código Civil se aplicó a partir de enero de 1857.

6.1.1. Estructura

Consta de 2524 artículos, un Título Preliminar (53 arts.) y cuatro libros.

- Libro I, De las personas.
- Libro II, De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce.
- Libro III, De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos.
- Libro IV, De las obligaciones en general y de los contratos.

6.1.2. Influencia

Adoptado en Colombia. Influye en Ecuador, Nicaragua, Guatemala, El Salvador y Honduras.

6.2. Código Civil argentino - 1871

Tiene como figura a Dalmacio Vélez Sársfield.

El 20 de octubre de 1864, por decreto del presidente Mitre, se encargó a Dalmacio Vélez Sársfield la labor de realizar un Código Civil. Tarea que se hizo por entregas periódicas de los libros que formaban parte del esquema del citado Código. Se basa en el Proyecto García Goyena, el Código chileno, en el *Esboço* de Freitas y en la doctrina francesa.

Posteriormente, “el proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados el 22 de setiembre de 1869 y en la de Senadores el 25 de setiembre, convirtiéndose en Ley 340.

Fue promulgada por Sarmiento el 29 de setiembre de 1869 y entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1871.

Hasta la actualidad, el Código Civil solo ha sido reformado en forma parcial, destacándose la reforma que introdujo la Ley N° 17.711.

Sin embargo, existieron y existen aún varios proyectos para sustituir completamente el código. Intentos de estas reformas integrales lo tenemos en el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Proyecto de Reforma 1954, el Proyecto de 1966 y el pretencioso Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial. A principios de 2011, mediante el Decreto Presidencial 191/2011, se constituyó la Comisión para la Elaboración del

Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación⁽⁸⁵⁾.

6.2.1. Estructura

Consta de 4051 artículos, un Título Preliminar (29 arts.) y cuatro libros.

- Libro I, De las personas.
- Libro II, De los derechos personas en las relaciones civiles.
- Libro III, De los derechos reales.
- Libro IV, De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes.

6.2.2. Influencia

Fue acogido por el Código Civil de Uruguay de 1869, Código Civil japonés de 1898, Código Civil de Nicaragua de 1904, Código Civil panameño de 1916, Código Civil de Filipinas de 1950 y el Código Civil paraguayo de 1987.

6.3. Código Civil brasileño -1916

Tiene como figura a Texeira de Freitas.

El 15 de febrero de 1855, el Gobierno Imperial encargó a Texeira de Freitas la obra de consolidación de las leyes civiles. Apenas habían transcurrido tres años y la ingente tarea estaba cumplida, este trabajo preliminar recibió el nombre de la *Consolidação das Leis Civis* de 1858.

(85) “La presidenta (Cristina Fernández de Kirchner) destacó las modificaciones, pero dijo que las mismas no se consagrarán ‘a libro cerrado’ sino mediante el debate en el Congreso, previo a lo cual recomendó ‘abandonar las posiciones dogmáticas’, porque lo que importan son ‘los problemas cotidianos de la comunidad’. Anticipó que ‘el gobierno propondrá la creación de una comisión bicameral para el tratamiento de la norma’. El anteproyecto a analizar por el Congreso está compuesto por 2.671 artículos. Entre sus modificaciones más importantes figuran las vinculadas con fertilización asistida, la posibilidad de agilizar el trámite de adopción, la regulación de las uniones de hecho y de las sociedades unipersonales, la implementación de los acuerdos prematrimoniales y el divorcio ‘express’, para el cual ya no habrá que justificar las razones de la finalización del vínculo matrimonial”. ALBORNOS, Sebastián. *Cristina presentó el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial*, 2012, <<http://legales.iprofesional.com/notas/133589-Cristina-present-el-proyecto-de-reforma-y-unificacin-del-Cdigo-Civil-y-Comercial>> (consulta: viernes, 28 de setiembre del 2012).

Un año después, por orden del emperador Pedro II, por decreto del 11 de enero de 1859 se le comisionó para la presentación de un potencial Código. Fue un trabajo de artículos aproximadamente 5000 (cinco mil), que a pesar de no ser utilizados directamente en Brasil, el *Esboço de un Código Civil para o Brasil* fue el fundamento que inspiró el trabajo posterior en el país, y que resultó en el Código Civil de 1917, de Clovis Bevilacqua⁽⁸⁶⁾.

Actualmente derogado.

6.3.1. Estructura

Consta de 1807 artículos, dos partes, la primera con tres libros y la segunda con cuatro libros.

Parte general:

- Libro I, Disposiciones preliminares.
- Libro II, De los bienes.
- Libro III, De los hechos jurídicos.

Parte especial:

- Libro I, Del Derecho de familia.
- Libro II, Del Derecho de las cosas.
- Libro III, Del Derecho de las obligaciones.
- Libro IV, Del Derecho de sucesiones.

6.3.2. Influencia

Recepcionado por el Código Civil mexicano de 1928 y los Códigos español, puertorriqueño, cubano y filipino.

7. OTROS CÓDIGOS

7.1. Austria - 1812

Llamado ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* y abreviado).

(86) Autor del Proyecto de Código Civil de Brasil en 1901 cuando fue ministro de Justicia. El Código se promulgó solo más tarde, en 1916, y entró en vigencia en 1917.

Se caracteriza por su perfección técnica.

Aunque algunas importantes ramas son regidas por leyes especiales externas al ABGB (como el Derecho industrial y partes del Derecho conyugal), sigue siendo considerado como el punto de concreción del Derecho Civil de Austria y su estudio derivado.

Contiene ideas de la escuela del Derecho Natural, mantiene las ideas revolucionarias francesas, pero tiene como inspiración la obra de Kant.

7.2. Suiza - 1912

Llamado ZGB (*Schweizerische Zivilgesetzbuch*).

Fue obra de Eugen Huber por orden del Consejo Ejecutivo Federal. Está inspirado el Código alemán.

Consta de cinco libros:

- Libro I, de las Personas.
- Libro II, del Derecho de familia.
- Libro III, del Derecho de sucesiones.
- Libro IV, del Derechos de cosas.
- Libro V, de las Obligaciones.

Este último libro es autónomo e independiente, de allí que se hable del Código Civil suizo y del Código Suizo de las obligaciones.

Turquía lo adopta íntegramente. Influye en el Código polaco de las obligaciones, el Código ruso, mexicano y griego.

7.3. Portugal - 1966

Llamado Código de Varela en honor a Joao de Mato Antunes Varela. Deroga al Código de 1867, llamado Código de Seabra (elaborado por el vizconde de Seabra).

Consta de 2334 artículos y cinco libros.

- Libro I, Parte general.
- Libro II, Derecho de las obligaciones.

- Libro III, Derecho de las cosas.
- Libro IV, Derecho de familia.
- Libro V, Derecho de las sucesiones.

El Código Civil portugués sigue vigente en algunas de las antiguas provincias portuguesas de ultramar. En Macao dejó de estar en vigor después de haber sido sustituido por el Código Civil de Macao de 1999.

7.4. España - 1889

Tiene como antecedente el proyecto de Código Civil de España de 1851, basado en el Código Civil francés, llamado proyecto García Goyena.

Es aquel cuerpo legal que contiene el fundamento del Derecho Civil de carácter común en España.

Consta de 1976 artículos, un Título preliminar (16 arts.) y cuatro libros.

- Libro I, De las personas.
- Libro II, De los bienes, la propiedad y sus modificaciones.
- Libro III, De los diferentes modos de adquirir propiedad.
- Libro IV, De las obligaciones y contratos.

8. CODIFICACIÓN EN EL PERÚ

Nuestro Derecho Civil tiene toda una tradición. Desde el Código de 1852, pasando por el del 1936, y actualmente el Código Civil de 1984 que nos regula.

8.1. Código de 1852

Con la independencia el general Santa Cruz comenzó a plasmar un proyecto de Código Civil el cual no se concretó hasta 1852⁽⁸⁷⁾.

Este Código tuvo una vigencia de 84 años.

(87) El Congreso aprobó el proyecto mediante una ley de 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29, que ordenaba al Presidente de la República emitir solemnemente el Código Civil y el de Enjuiciamiento Civil el 28 de julio de 1852 para que rigieran desde el día siguiente.

Tuvo una fuerte influencia del Código francés.

Fue un Código personalista.

8.1.1. Influencia

Las razones por las cuales Santa Cruz se inspiró en el *Code* fueron, principalmente, por ser el más perfecto de entonces –superaba al austriaco y prusiano–, y porque Santa Cruz vivió bajo la fascinación de Napoleón.

La facilidad de su manejo destronó lo complejo de las enormes compilaciones españolas, donde nunca se estaba seguro si la ley seguía vigente o estaba derogada y donde buscar un tópico era toda una especialidad “el Código de Napoleón –como señala Ramos Núñez⁽⁸⁸⁾– se reunía en un pequeño libro perfectamente ordenado por temas, todo lo fundamental en materia civil”.

8.1.2. Estructura

Compuesto por 2301 artículos, un Título preliminar (12 arts.) y tres libros.

- Libro I, De las personas y de sus derechos.
Libro II: De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas.
- Libro III: De las obligaciones y contratos.

Cada libro se subdivide en secciones y estas en títulos, algunos de los cuales aparecían nuevamente divididos mediante rúbricas no numeradas.

8.1.3. Miembros de la comisión

Comisión Redactora de 1845

- Manuel Pérez de Tudela.
- José Luis Gómez Sánchez.
- Francisco Javier Mariátegui.
- Manuel López Lissón.

(88) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano: La codificación del siglo XIX: Los códigos de la confederación y el Código Civil de 1852*. Tomo II. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2001, p. 36 y ss.

- Mariano Carrera.
- José Julio Rospigliosi.
- José Manuel Tirado.

Comisión Revisora de 1851

- Andrés Martínez.
- Francisco de Paula González Vigil.
- Manuel Toribio Ureta.
- Pedro Gálvez Egúzquiza.
- Teodoro La Rosa.
- Juan Celestino Cavero.
- Pedro José Flores.

8.2. Código de 1936

Más práctico que el anterior y estaba dirigido a la economía, pues giraba en torno al patrimonio.

Este Código tuvo una vigencia de 48 años.

Tuvo una fuerte influencia del Código alemán.

Fue un Código patrimonialista.

8.2.1. Influencia

Sirvió como referente legislativo al Código Civil de Bolivia de 1976 y al Código Civil venezolano de 1982.

8.2.2. Estructura

Compuesto por 1835 artículos, un Título Preliminar (25 arts.) y en cinco libros.

- Libro Primero: Del derecho de las personas.
- Libro Segundo: Del derecho de familia.
- Libro Tercero: Del derecho de sucesión.
- Libro Cuarto: De los derechos reales.
- Libro Quinto: Del derecho de las Obligaciones, que regulaba sobre la Teoría del Acto Jurídico.

8.2.3. Miembros de la comisión

Comisión Redactora de 1922

- Juan José Calle.
- Pedro M. Oliveira.
- Alfredo Solf y Muro.
- Manuel Augusto Olaechea.
- Hermilio Valdizán Medrano.

8.3. Código de 1984

El Código Civil de 1984 ha sido estudiado en muchos países ya que es moderno desde una perspectiva humanista, solidaria y altruista.

En el Perú, finalmente, llegó un momento en el que se decidió modernizar y reformular el Código de 1936 y se formó así una Comisión Reformadora⁽⁸⁹⁾, la labor de la misma no sería la de redactar un nuevo Código Civil, sino únicamente realizar una revisión del Código Civil de 1936 con el objeto de proponer enmiendas. No obstante, como todos conocemos, la Comisión Reformadora terminó por elaborar un nuevo Código, es decir, después de 24 años de trabajo acabó dictando el vigente Código Civil de 1984⁽⁹⁰⁾.

8.3.1. Influencia

Ha sido acogido por el Código Civil paraguayo de 1987, Código Civil de Cuba de 1987, Código Civil de Rusia de 1994 y el Código Civil brasileño (*Novo Código Civil brasileiro*) de 2002.

(89) La Comisión Reformadora originalmente estuvo presidida por el Ministro de Justicia y Culto, el doctor Carlos Fernández Sessarego, e integrada por los doctores Max Arias Schreiber Pezet, Ismael Bielich Flórez, Jorge Eugenio Castañeda, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Eguren Bresani, Rómulo E. Lanatta Guilhem, José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine y Jorge Vega García.

(90) Sobre este mismo aspecto, otro notable miembro y luego presidente de la Comisión Reformadora, doctor Felipe Osterling Parodi, señaló que: “[los miembros de la Comisión Reformadora] en sus primeras sesiones habían decidido que una ley de enmiendas era insuficiente y que el Perú requería de un nuevo cuerpo legal que se adaptará a las realidades sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas, vigentes en aquel entonces. Estimaron que una ley modificatoria de algunos de los preceptos del Código Civil de 1936 habría quebrado la estructura, el equilibrio y la armonía que exige todo cuerpo civil bien organizado”. REVOREDO, Delia. *Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Tomo I. Editorial E.I.B.M. Lima, 1985, p. VII.

8.3.2. Estructura

Compuesto por 2122 artículos, un Título Preliminar (10 arts.) y diez libros.

- Libro I: Derecho de las personas.
- Libro II: Acto jurídico.
- Libro III: Derecho de familia.
- Libro IV: Derecho de sucesiones.
- Libro V: Derechos reales.
- Libro VI: Las obligaciones.
- Libro VII: Fuentes de las obligaciones.
- Libro VIII: Prescripción y caducidad.
- Libro IX: Registros Públicos.
- Libro X: Derecho Internacional Privado.

8.3.3. Miembros de la comisión

- Carlos Fernández Sessarego
- José León Barandiarán
- Félix Navarro Irvine
- Rómulo E. Lanatta Guilhem
- Jorge Vega García
- Jorge Eugenio Castañeda
- Héctor Cornejo Chávez
- Max Arias Schreiber Pezet
- Ismael Bielich Flórez

8.4. Codificación civil - Vigencia - Constitucionalidad

Los códigos civiles tienen una estrecha relación con las constituciones, sea en los principios que comparten, así como en el tiempo en el que se encuentran vigentes.

El siguiente cuadro nos muestra las diversas codificaciones nacionales, su tiempo de vigencia, su estructura, articulado y las Constituciones que las acompañaron en su etapa de vida legal.

Codificación civil														
84 años, 4 meses, 74 días						48 años						30 años		
29	07	1852	13	11	1936	14	11	1936	13	11	1984	14	11	1984
1852						1936						1984		
3 Libros						5 Libros						10 Libros		
2301 artículos						1834 artículos						2122 artículos		
Constituciones														
1839	1855	1856	1860	1867	1879	1920	1933	1933				1979	1993	

9. DESCODIFICACIÓN

9.1. Introducción

Decía Portalis que: “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses están tan multiplicados y sus relaciones tan extendidas, que es imposible para el legislador atender a todo”⁽⁹¹⁾. La ley para mantener su vigencia debe concordar su trascendencia con la vida en sí, no puede estar desarticulada, no puede mantenerse estática y debe ir de la mano con el devenir de la vida del hombre, regulando nuevos hechos, nuevas conductas, haciendo los cambios de la sociedad. Las normas, y en sí los Códigos, requieren de una actualización permanente. Esta movilidad y carácter dialéctico del Derecho dio origen a una institución paralela al movimiento codificador como fue la descodificación.

La descodificación consistió en la sustracción del Código de su lugar central producida por la aparición de una legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógica propios. En este nuevo proceso, el Código es un microsistema jurídico más. Pierde su calidad de estatuto de Derecho común y general pasando a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos genéricos y dejando a las normas la especialidad.

9.2. Definición

La descodificación es un proceso por el cual algunas materias reguladas en el Código pasan a ser reguladas por otras normas.

(91) PORTALIS, Jean E. *Discurso preliminar. Código Civil francés*. Trad. de S. de la Canal. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 5 y ss.

Es la acción mediante la cual una norma plasmada dentro de un cuerpo normativo es independizada por el legislador en razón al grado de especialidad o complejidad que ha adoptado. El Código de origen resulta insuficiente para regular los actuales problemas suscitados debido a los cambios sociales, culturales, económicos y políticos, razón por la que se exige un retiro o extracción de ciertas instituciones jurídicas que requieren un tratamiento legal independiente.

9.3. Características

Entre las principales características tenemos:

- **Derogación.** De la norma regulada dentro de un cuerpo normativo con el fin de abrir paso a la nueva ley más especializada.
- **Creación de una nueva ley.** Estando a la derogación de una norma, esta es suplida por un nuevo cuerpo normativo que será más técnico, preciso y especializado, permitiendo regular los nuevos problemas suscitados.
- **Especialización técnico-científica de los usuarios.** Una norma nueva implica que tanto los juristas como los operadores de Derecho se especialicen dentro de esta nueva rama, a fin de poder dilucidar los problemas que originó la vigencia de la norma y proponer soluciones.

9.4. Objetivos

Regular y resolver los conflictos en las nuevas y actuales realidades sociales ante la insuficiencia de la norma vigente con la dación de una norma especializada a fin de buscar el bien común, la paz social y evitar futuros conflictos.

De Andrade Nery⁽⁹²⁾ dice que el Derecho Civil moderno no se funda en una sola ley codificada pero admite hoy coexistir con otros sistemas (denominados microsistemas), dentro de los cuales se identifica, ya vigentes entre nosotros: el microsistema jurídico del Derecho de la familia; del Derecho de la infancia; de Defensa del consumidor; del Derecho de autor y de patentes; el del Derecho de alimentación; del Derecho ambiental y del Derecho de obligaciones.

(92) DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho Civil*. 2ª edición, Lima, Jurista Editores, agosto 2010, pp. 125 y 126.

9.5. Importancia

Permite adecuar la legislación a nuevas realidades tomando en cuenta que las normas se tornan obsoletas y que la vida del hombre es más rápida que los propios cambios normativos.

También es importante para evitar las múltiples interpretaciones por la deficiencia o vacío de la ley permitiendo resolver los conflictos sociales de diferentes maneras sin sentar precedentes.

9.6. Casos de aplicación

- Por el tecnicismo adquirido por una institución que no es soportada por el Código.
- Cuando se dejan los esquemas metodológicos para buscar soluciones propias.

9.7. Situación nacional

En el Código Civil ha sido descodificado en lo siguiente:

- Trasplante de órganos.
- Adopción.
- Divorcio administrativo.
- Determinación de la filiación extramatrimonial.
- Garantías mobiliarias.
- Arbitraje.
- Registros Públicos.

10. RECODIFICACIÓN

10.1. Introducción

La recodificación presenta una fuerza de seducción no despreciable en la doctrina y constituye, definitivamente, uno de los fenómenos legislativos más marcados en los últimos decenios.

10.2. Definición

Como su propio nombre lo indica, es volver a codificar. Rehacer, ordenar lo hecho anteriormente.

Implica una actualización y dar vida a un nuevo Código o, en su caso, el existente reordenado debido a los tantos y variados cambios que se han suscitado (como sucede con el Texto Único Ordenado –refundido, como lo llaman los españoles–).

La recodificación puede ser entendida como:

- Sustitución del Código vigente por otro, o;
- Reformulación y modernización de un Código.

10.3. Características

Entre las principales características tenemos:

- Unificadora.
- Integradora.
- Aclaradora de conceptos
- Evita la opacidad del Derecho por la multiplicidad de normas dispersas.

10.4. Objetivos

- Ordenar un Código, modernizándolo, actualizándolo.
- Dictar un nuevo Código.

Se puede recodificar por la vía de la recodificación –compilación o la recodificación– modificación que puede ser global o progresiva.

10.5. Importancia

Por la recodificación se puede obtener la conveniente sustitución de la gran cantidad de normas especiales en su cuerpo legal unificado que han quedado desfasadas y con eso permitir mantenerlo actualizado.

El Perú ha tenido dos procesos de recodificación que permitieron la dación de los Códigos del 36 y 84. El del 52 fue un proceso de codificación.

Es un fenómeno que comenzó con la materialización de los llamados Códigos de segunda generación (Código italiano de 1942, portugués de 1967, continua con Perú, Holanda, Brasil).

10.6. Casos de aplicación

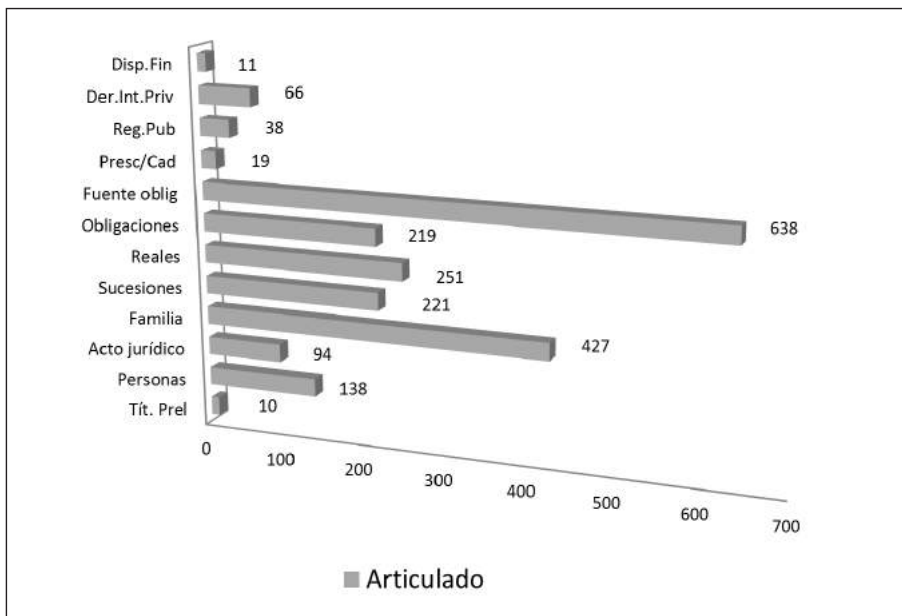
- Cuando el Derecho codificado no responde a una realidad.
- Por criterios sociopolíticos ameriten cambiar un Código.

11. EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 EN ESQUEMAS

11.1. Distribución del articulado

Resulta interesante plantear la composición del articulado del Código Civil, distribuido en cada uno de sus libros, título preliminar y disposiciones finales, con la finalidad de determinar el grado de importancia que, en número de artículos, se presta a cada área del Derecho Civil.

Distribución del articulado del Código Civil

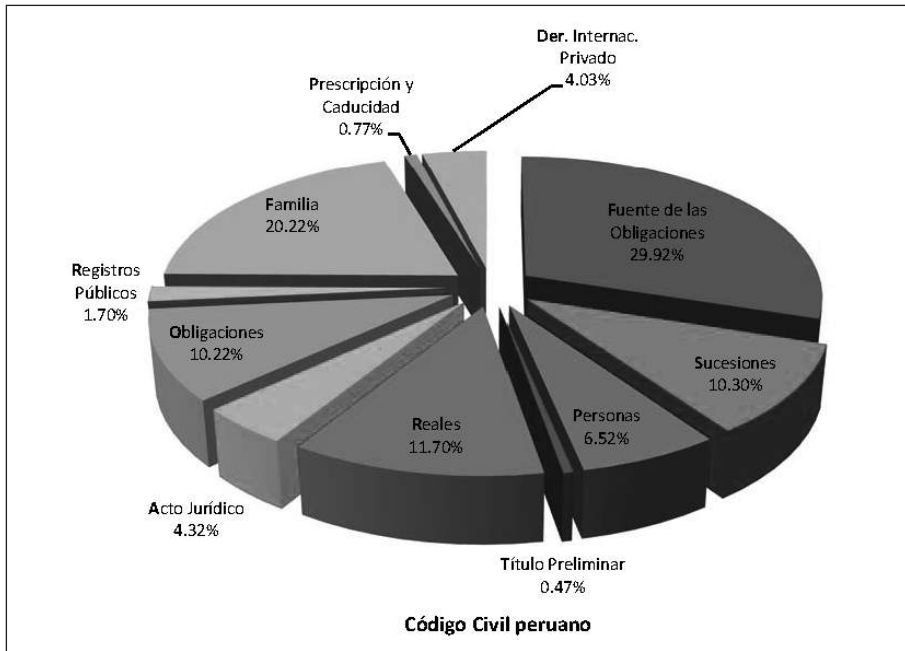


Así tenemos, que el Libro de Fuentes de las obligaciones es el que acapara mayor número de artículos (638), seguido de Familia (427) y Reales (251). Casi cerca entre sí tenemos a Sucesiones (221) con Obligaciones (219). El Libro más pequeño del Código es el de Prescripción y caducidad con 19 artículos, seguido de Registros Públicos (38) y Derecho Internacional Privado (66).

11.2. Articulado del Código Civil en porcentajes

Si el número de artículos indicados en el numeral anterior los transformamos en porcentajes tendríamos al Código representado en el siguiente pastel:

Distribución de porcentajes de acuerdo a los artículos del Código



Así tenemos, que el Libro de Fuentes de las obligaciones ocupa el 29,92 %, seguido de Familia con 20,22 y Reales con 11,70 %. Cerca entre si Sucesiones con 10,30 % y Obligaciones 10,22 %. Prescripción y caducidad con 0,77 %, seguido de Registros Públicos con 1,70 % y Derecho Internacional Privado 4,30 %.

12. LEGISLACIÓN SOBRE LA PERSONA

El Derecho Civil peruano otorga total y especial protección a la persona humana reconociendo que es un **valor metajurídico**: “el Derecho no puede negar su existencia sin negarse a sí mismo”⁽⁹³⁾.

(93) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*, 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 301.

Las normas que regulan su desenvolvimiento y desarrollo en sociedad son muy variadas. Esto nos lleva a pensar, y sobre todo reconocer, que la normativa sobre la persona no es única en cuanto al texto normativo del Código Civil, sino que debemos recurrir a otras normas jurídicas más que se han encargado, también, de su regulación, las cuales asumen un carácter de supletoriedad en nuestro ordenamiento legal.

Pero ¿cuál es el porqué de esta multiplicidad de normas? La pregunta, sin olvidar el rigor técnico, podemos responderla de la siguiente manera. En primer lugar debemos entender que el patrocinio, tan esencial y básico que busca el Derecho, no puede agotar su regulación solo con una ley, a pesar de que esta sea “todo” un Código, sino que la variedad de vinculaciones, relaciones y actos que realiza lleva a que tecnifiquen algunas normas. En segundo lugar, la importancia de la persona lleva a que normas sobre la misma sean incorporadas en leyes madres, entiéndase, Constitución o tratados, o en acuerdos derivados de organismos internacionales, tal es el caso de las declaraciones universales, a las cuales el Perú se ha suscrito. Entre las distintas normatividades que regulan a la persona, como titular de derechos y obligaciones tenemos:

12.1. Constitución Política

También conocida como Ley fundamental, hace mención a la ley máxima en la organización de un Estado. “Es la norma jurídica suprema y abierta que organiza el poder político, estableciendo mecanismos de control del mismo, y que regula los aspectos esenciales de la vida en sociedad desde unos postulados democráticos”⁽⁹⁴⁾. La Carta Magna es una verdadera norma jurídica⁽⁹⁵⁾ y no una mera sucesión de principios programáticos. Y como norma posee fuerza vinculante bilateral: liga los poderes públicos con los ciudadanos. La Constitución se sitúa a la vez, paradójicamente, en la cúspide y centro del sistema jurídico, por lo que a ella le compete recoger los aspectos básicos y fundamentales de la comunidad a la que está destinada. Dentro de las funciones que desempeña la

(94) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales. Lima, 2008, p. 95.

(95) Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional: “La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, Lima).

Constitución, Schneider⁽⁹⁶⁾ plantea la unidad, justificación, protección y ordenación. Además de estas, también tenemos el rol de integrar, pues su contenido cultural y valorativo le permite desempeñar esta función con tantas implicaciones metajurídicas y apoyos estructurales. “Por su propia naturaleza, la Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y del proceso integrador”⁽⁹⁷⁾. La Carta Magna es norma y, al mismo tiempo, realidad integradora que se realiza históricamente con el quehacer de las personas.

Acorde con la defensa de los Derechos Humanos, la Constitución de 1979 establecía en su Preámbulo “creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado”. La actual Constitución de 1993 establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1). La Constitución regula de manera expresa, mas no taxativa, los derechos de la persona. Toma como principio que la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado reconociendo que la protección a la persona es el afán primordial del Derecho. Es menester del Derecho garantizar la seguridad, protección y respeto a la persona humana a través de normas de rango constitucional, por ende, la unidad y ordenación del Estado reside en la Constitución.

12.2. Código Civil

Es un conjunto ordenado, sistematizado y unitario de normas de Derecho privado. Se trata, por lo tanto, de normas jurídicas que regulan las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas. El Libro Primero del Código Civil nos habla íntegramente de la persona. Es su punto de inicio y parte esencial en el tratamiento del resto de dispositivos.

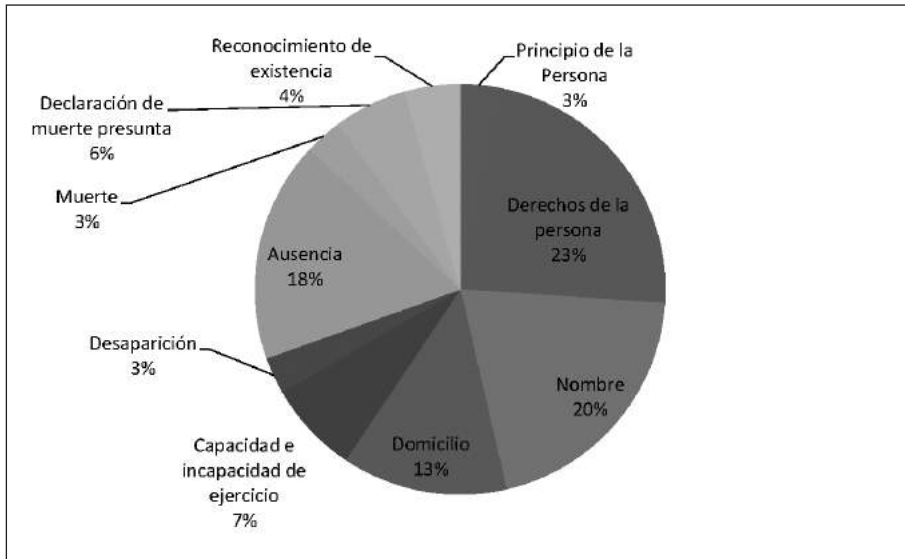
Para ello reconoce la Teoría del Sujeto de derecho, menciona y desarrolla los derechos de la persona (vida, libertad, actos de disposición, honor, intimidad, nombre, domicilio, entre otros) y los estados de la persona (capacidad, ausencia y reconocimiento de existencia), así como el fin de la misma (muerte legal y natural). El tratamiento legislativo de la persona es claro y efectivo. Las normas del Código Civil parten de conceptos

(96) SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 35 y ss.

(97) SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985, pp. 62 y ss.

generales y trata de manera especial algunas consideraciones que forman parte tanto del fórum interno como externo del hombre.

**Tratamiento porcentual de las diversas instituciones en Libro de Personas
Sección personas naturales**



**Números de artículos por cada institución del Libro de Personas
Sección Personas naturales**

Libro I : Derecho de las Personas	
Sección primera Personas naturales	Número de artículos
Principio de la persona	2
Derechos de la persona	16
Nombre	14
Domicilio	9
Capacidad e incapacidad de ejercicio	5
Desaparición	2
Ausencia	12
Muerte	2
Declaración de muerte presunta	4
Reconocimiento de existencia	3

12.3. Código de los Niños y Adolescentes

Es una norma especial. Su particularidad radica en el tratamiento legislativo del ser humano de acuerdo a su estado cronológico, es decir, de acuerdo a su edad. De esta manera regula los derechos, estados y las relaciones jurídicas del niño (desde la concepción hasta los doce años) y del adolescente (desde los doce hasta los dieciocho años). “Los ‘niños y niñas de hoy’ se reconocen básicamente como ‘seres humanos pequeños’ lo que muestra su apreciación en las diferencias del tamaño corporal y una posible situación de vulnerabilidad frente al mundo adulto, también expresan sentimientos y emociones, fundamentalmente positivas tales como la alegría y la felicidad. Los ‘niños y niñas de hoy’ se reconocen también como personas que sienten y merecen ser queridas”⁽⁹⁸⁾. El Derecho atiende con principal interés la situación del niño y en base a ello le brinda mecanismos para un desarrollo más integral a nivel socio-económico-afectivo.

El gobierno peruano mediante Resolución Ministerial N° 505-92-JUDS, del 14 de setiembre de 1992, creó la Comisión encargada de elaborar el “Código de los Niños y Adolescentes”⁽⁹⁹⁾, la cual tuvo como principal característica integrar a profesionales especialistas de diversos sectores de la sociedad: funcionarios públicos, catedráticos universitarios, magistrados, abogados en ejercicio, asistentes sociales y representantes de organizaciones no gubernamentales, conformación que permitió una visión integral del problema de la niñez en el Perú; y que elaborara el proyecto del mencionado Código. El proyecto se promulgó por Decreto Ley N° 26102, el 24 de diciembre de 1992, y tiene entre sus principales

(98) UNICEF. *Algunas reflexiones sobre la situación de la niñez en el Perú: A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef Perú. Lima, 2009, p. 25.

(99) Sus antecedentes se remontan al 20 de noviembre de 1989, la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó uno de los instrumentos internacionales más importantes que en materia de Derechos Humanos ha logrado la comunidad internacional: “La Convención sobre los Derechos del Niño”. La Convención conceptualiza la llamada doctrina integral de protección a la infancia; es decir, que se reconocen por primera vez derechos específicos a los niños y adolescentes, los cuales van a innovar definitivamente las legislaciones referidas a la infancia en todos los países del mundo. Asimismo, se dan las directrices para que estos derechos sean efectivamente llevados a la práctica. El primer acto del gobierno peruano fue aprobar, mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 3 de agosto de 1990, la Convención sobre los Derechos del Niño. La cual fue posteriormente ratificada en octubre del mismo año, incorporándose a nuestra legislación nacional con rango de norma constitucional. Así pues, el Perú se obligó, al ratificar dicho instrumento internacional, a promocionar y proteger los derechos conceptualizados; por lo que se hacía imperativo redactar un nuevo Código para la infancia que adaptara los nuevos conceptos de la doctrina internacional y que respondiera a nuestra realidad, tanto más que la mayor parte de la población peruana es menor de 18 años.

virtudes, promover la participación de la sociedad civil conjuntamente con el Estado para lograr el bienestar de la niñez peruana. Es un Código importante, sobre todo si consideramos que ha implicado una desmembración de instituciones típicas del Derecho de las Personas, habiéndose producido una descodificación. Esto involucra que se han trasladado algunas instituciones del Derecho Civil al Derecho del menor. Como consecuencia de ello se ha llegado a centrar un interés especial en la regulación jurídica sobre la minoridad.

12.4. Ley General de Salud

La Ley General de Salud⁽¹⁰⁰⁾ indica que “la salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado” (art. IV de la LGS). Esta ley especial regula materias relacionadas con el derecho a la protección de la salud (como tiende a denominársele actualmente) tomando en consideración los antecedentes legislativos nacionales o extranjeros y las categorías temáticas del Índice Internacional de Legislación Básica de Salud publicado por la OMS. El servicio de salud es un tipo de servicio cuyo fin primordial es ejercer y mantener la salud de la población, así como la prevención y el control o erradicación de las enfermedades, para tal objetivo, reconoce como presupuesto los principios de dignidad e integridad de la persona. La Ley General de Salud se encuentra dividida en siete títulos: Título Preliminar que establece los principios y preceptos generales así como los roles de las personas, el Estado y sus relaciones en el campo de la salud; el Título Primero (“De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual”) trata la defensa de los derechos, estableciendo las obligaciones y responsabilidades referidas al tratamiento de la salud individual, reafirmando que la persona es libre y reconociendo el derecho a la dignidad, intimidad e integridad.

En el Título Segundo (“De los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la salud de terceros”) señala que la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria consagrados en la Constitución faculta a organizarse y desarrollar actividades en la forma que las partes juzguen conveniente dentro de las disposiciones legales, con el objeto de evitar acciones que ocasionen peligro, menoscabo o daño a la salud, sea que se produzcan por el ejercicio de las profesiones médicas, por el manejo

(100) Ley N° 26842 (DOEP, 20/7/1997) derogó el Código Sanitario, Decreto Ley N° 17505 (DOEP, 18/03/1969).

de productos, servicios y procedimientos relacionados con la salud (por ejemplo, la atención médica, ablación de órganos y tejidos, suministro de sangre), por el comportamiento personal en el cuidado de la salud (transmisión de enfermedades) o por la producción de bienes y servicios que afectan el ambiente (sustancias y productos peligrosos, ambientes de trabajo).

El Título Tercero (“Del fin de la vida de la persona”) plantea que la muerte es un concepto legal que modifica la titularidad de derechos individuales, en este sentido establece (art. 108) que la muerte pone fin a la persona. Se considera que el fin de la vida se da con el cese definitivo de la función cerebral, independientemente de que algunos órganos y tejidos mantengan vida y sean utilizables para trasplantes. En los casos en que no sea posible establecer tal diagnóstico, el paro cardio-respiratorio irreversible confirma la muerte. Esto último se establece tomando en consideración que en algunos lugares del país no se cuenta con los instrumentos para la determinación de la muerte cerebral.

El Título Cuarto (“De la información en salud y su difusión”) regula la información desde las siguientes perspectivas: como fuente de datos para la autoridad de salud; como recurso de comunicación social para enfrentar epidemias; como propaganda o publicidad de productos y servicios de salud; como información de dominio público, salvo las excepciones señaladas (relacionadas con el derecho a la intimidad e imagen de la persona); como advertencia oficial de riesgos y daños que la autoridad de salud está obligada a transmitir a la población. Establece como principio que la autoridad de salud determina el tipo de información que debe ser proporcionada por las personas y por los organismos prestadores de servicios de salud. La difusión de la información, por parte del Estado, es clave para el logro de la salud pública (promoción, participación, movilización, prevención y educación en salud). Los demás títulos son de administración⁽¹⁰¹⁾.

12.5. Ley de Protección frente a la violencia familiar

Mediante esta ley se establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, así como las medidas de protección que correspondan. Para estos efectos entiende por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión,

(101) Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001, p. 31 y ss.

inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre: a) cónyuges; b) convivientes; c) ascendientes; d) descendientes; e) parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o, f) quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales. Si bien es una norma de corte multidisciplinario, ya que contiene dispositivos sustantivos y adjetivos, busca regular la integridad, intimidad. Considera el establecimiento de una política permanente del Estado la lucha contra toda forma de intimidación familiar y fija los trámites correspondientes para canalizar las denuncias por la violencia familiar.

12.6. Reglamento de Inscripciones del Reniec

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) es un organismo autónomo encargado de la identificación de los peruanos, otorga el documento nacional de identidad, registra hechos vitales: nacimientos, matrimonios, defunciones, divorcios y otros que modifican el estado civil. “El presente Reglamento regula la inscripción de los hechos relativos al estado civil de las personas naturales, determinados en el mismo” (art. 1) haciendo uso de un sistema registral, entiéndase por este último como el conjunto de órganos y personas del Registro que tienen a su cargo la ejecución de los procedimientos administrativos de inscripción de la sociedad civil.

12.7. La Ley general de la persona con discapacidad

Esta ley (Ley N° 29973, DOEP, 24/12/2012) tiene como objetivo promover, proteger y permitir la realización de los derechos de las personas con discapacidad, incentivando su desarrollo e inclusión social, plena y efectiva. La norma parte del respeto a la dignidad, la autonomía y libertad como valores inherentes de la persona, así como el derecho a la igualdad y no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana (art. 4). Reconoce el rol de la familia, como institución social, en la inclusión y participación efectiva en la vida social de este tipo de personas, prestándole orientación y capacitación integral, así como un fácil acceso a servicios y programas de asistencia social (art. 5). La Ley general de la persona con discapacidad está en consonancia con el artículo 7 de la Constitución que considera que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

La discapacidad es una falta o deficiencia de habilidad. Jurídicamente, la persona con discapacidad “es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, igualdad de condiciones de los demás” (art. 2). Son, en esencia, débiles que no pueden valerse por sí mismos que requieren de un tratamiento legal orgánico y uniforme dada su condición de forma que se establezcan los medios de resguardo, catalogándolos como sujetos de derechos especiales.

A manera de énfasis legal se reconoce a la persona con discapacidad, especialmente, el derecho a la vida, a la integridad (moral, física y mental) y al consentimiento informado en las investigaciones médicas o científicas que participe (art. 7); a la capacidad jurídica, como atributo, estableciendo que “el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones” (9.1., art. 9). En el aspecto patrimonial, tiene derecho a la propiedad, a la herencia, a contratar, a dar en garantía, a préstamos bancarios y a créditos financieros y (de forma desarticulada en este esquema de derechos económicos) se le reconoce el derecho a contraer matrimonio y decidir libremente su sexualidad y fertilidad (9.2., art. 9).

Esta ley cuenta con un Reglamento, D.S. N° 002-2014-MIMP del 8 de abril de 2014.

12.8. Normativa internacional

El Perú en aras de involucrarse con el orden jurídico internacional⁽¹⁰²⁾ a lo largo de las últimas décadas ha firmado y ratificado varios pactos y convenios con otros Estados, los cuales también reglamentan a la persona humana desde la perspectiva del Derecho supranacional. Entre ellos, cabe destacar:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1976).

(102) El Tribunal Constitucional ha considerado que “De conformidad con lo estipulado en el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional. En este sentido, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz, y en consecuencia, de aplicación inmediata” (Exp. N° 02432-2007-PHC/TC, Puno).

Generalidades

- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1976).
- Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a Abolir la Pena de Muerte (1989).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).
- Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: Introducción y Parte General*. Vol. I. José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- ALBORNÓS, Sebastián. *Cristina presentó el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial*, 2012, <<http://legales.iprofesional.com/notas/133589-Cristina-present-el-proyecto-de-reforma-y-unificacin-de-Cdigo-Civil-y-Comercial>> (consulta: viernes, 28 de setiembre de 2012).
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 10ª edición. Eddili, Lima, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BOBBIO, Norberto. “Diritto”. En: *Dizionario di Política*. Torino, 1976.
- BONNECASSE, Juliane. *Science du droit et Romantisme*. Recueil Sirey, París, 1928.
- BONINI, R. “Del Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942”. En: *I Cinquant`anni del Codice Civile*. Vol. I. Milán, 1993.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho civil parte general*. 21ª edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, 2004.
- BUBER, Martín. *¿Qué es el hombre?* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1949.
- CABANELLAS, Guillermo. “Hombre”. En: *Diccionario Jurídico Elemental*. 11ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1993.
- CAUMONT, Arturo. “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”. En: *La Ley*. Jueves 18 de julio 2013, Año LXXVII, N° 131, Tomo La Ley 2013-D.
- CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Tomo I. Uteha, Buenos Aires, 1944.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.

- CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Parte general. Tomo I, Madrid, 1955.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. 2ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil: Parte General*. 4ª edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CORDERO, Luis. *Curso de Derecho Romano*. Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Unidad Didáctica N° 3. Curso del tercer nivel de pregrado.
- CHIAPPINI, Julio. “La variedad normativa del Código Civil”. En: *Suplemento Actualidad, La Ley*. Buenos Aires 23 de noviembre de 2006.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
- DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho Civil*. 2ª edición, Lima, Jurista Editores, agosto 2010.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Una Teoría del Derecho: Introducción al Estudio del Derecho*. 1ª edición, Civitas. Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 2da. reimpresión, Ariel, 1982.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil - Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. 4ª edición actualizada, Porrúa, México, 1994.
- d'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, 5ª edición, revisada, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1983.
- ESPINOZA ORREGO, Francisco Santiago. *Derecho de las personas*. Fondo Editorial Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca, junio de 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y Persona: Introducción a la Teoría del Derecho*. 4ª edición. Grijley, Lima, 2001.
- FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. de Eduardo Ovejero y Maury. Reus, Madrid, 1929.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*, 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, Porrúa, México, 1994.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano* (Instituciones de Derecho Romano), Ed. Ariel, Colección Demos.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Labor, Barcelona, 1934.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991.
- LERNER, Pablo. “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2012.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la Persona*. Madrid, Tecnos, 1986.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil - Parte general*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- LÓPEZ DE LA VIEJA, Mª Teresa. “Ser humano”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Comares, Granada 2011.
- LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélica. *Derecho Civil: Parte general*. 2ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

- MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, Coimbra, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Almedina, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*, 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09.08.2012, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- OLAZABAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*, Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961.
- PARAS CUEVA, Eleácero. *Hombre y Estado*. Ed. de la Universidad de Nuevo León. Monterrey, 1959.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ed. Albatroz, Buenos Aires, 1980.
- PORTALIS, Jean E. *Discurso preliminar. Código Civil francés*. Trad. de S. de la Canal. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, primera parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano: La codificación del siglo XIX: Los códigos de la confederación y el Código Civil de 1852*. Tomo II. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001.
- REVOREDO, Delia. *Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Tomo I. Editorial E.I.B.M., Lima, 1985.
- ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición, Ed. Los amigos del libro, Bolivia, 1994.
- SATANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho comercial*. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- STEIN, Peter G. *El Derecho romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*. Siglo veintiuno de España Editores, Madrid, 2001.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*, Esboço. Tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, Río de Janeiro, 1952.
- UNICEF. *Algunas reflexiones sobre la situación de la Niñez en el Perú: A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Unicef Perú, Lima, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001.
- VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Tomo I, Grijley, Lima, 1996.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2000.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. WG Editor, Lima, 1992.

TÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO PRIMERO

SUJETO DE DERECHO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Etimología. 4. Concepto. 5. Denominación. 5.1. Otras denominaciones. 5.1.1. Persona. 5.1.2. Personalidad. 5.1.3. Capacidad. 6. Definición. 7. Características. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Categoría jurídica. 8.2. Atributo de la persona. 8.3. Teoría. 8.4. Aptitud. 8.5. Institución. 9. Clasificación. 9.1. Generalidades. 9.2. Taxonomía genérica. 9.2.1. Sujetos de derecho individuales. 9.2.2. Sujetos de derecho colectivos. 9.2.3. Sujetos de derecho común. 9.2.4. Sujetos de derecho especiales. 9.2.5. Sujetos de existencia visible. 9.2.6. Sujetos de existencia ideal. 9.2.7. Sujeto activo. 9.2.8. Sujeto pasivo. 9.3. Taxonomía común. 9.3.1. Concebido. 9.3.2. Persona natural. 9.3.3. Persona jurídica. 9.3.4. Ente no personificado. 9.4. Otros sujetos de derecho considerados en la ley civil nacional. 9.4.1. Código de los Niños y Adolescentes. 9.4.2. Ley General de Salud. 9.4.3. Ley de la persona con discapacidad. 9.5. Taxonomía moderna. 9.5.1. De acuerdo a un estado ideal. 9.5.1.1. Concepturus. 9.5.1.2. Humanidad. 9.5.2. De acuerdo a un estado biológico. 9.5.2.1. Células somáticas. 9.5.2.2. Células estaminales. 9.5.2.3. Células sexuales. 9.5.2.4. Cigotos especiales. 9.5.2.5. Clon. 9.5.2.6. Quimera. 9.5.2.7. Híbrido. 9.5.2.8. Embrión *ex utero*. 9.5.2.9. *Oriturus*. 9.5.2.10. *Moriturus*. 9.5.2.11. Gemelos siameses. 9.5.2.12. Cadáver. 10. Importancia. 11. Diferencias entre los sujetos de derecho. 11.1. Origen. 11.2. Capacidad. 11.3. Naturaleza jurídica. 11.4. Derechos. 11.5. Evolución. 11.6. Reorganización. 11.7. Inscripción. 11.8. Fin. 12. Teorías aplicables al sujeto de derecho. 12.1. Teoría de la transformación. 12.2. Teoría de la reversión. 13. Categorización jurídica de la existencia. 13.1. Sujeto de derecho. 13.1.1. Sujeto de derecho especial. 13.1.2. Sujeto de derecho común. 13.1.3. Bienes jurídicamente protegidos. 13.2. Sujetos. 13.3. Objetos. 13.3.1. Objeto de derecho especial. 13.3.2. Objeto de derecho. 13.4. Pseudopersonificaciones. 13.5. Lo foráneo e inimaginable. 13.6. Aproximaciones finales. 14. Derechos sin sujetos. 14.1. Introducción. 14.2. Posiciones. 14.3. Tipología. 14.3.1. Concebido. 14.3.2. Herencia yacente. 14.3.3. Cadáver. 14.3.4. Sociedad conyugal. 14.3.5. Animales. 14.3.6. Plantas. 14.4. Aproximaciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La vida humana requirió de elementos legales para ser categorizada por el Derecho. Su posicionamiento legal no fue inmediato sino mediato, dependiendo de consideraciones preestablecidas.

A decir de Angarita Gómez⁽¹⁾ en una época era común decir que **no todo ser humano es persona**. El Derecho Romano diferenciaba entre **hombre y persona**. Aquel era el que tenía mente racional en cuerpo humano y la persona el que tenía libertad, por ello los esclavos eran hombres mas no personas (les faltaba el *status libertatis*); incluso, para cierto sector, básicamente, fueron considerados cosas (*res*), meras herramientas animadas. Las fuentes del individualismo y del personalismo hicieron eco a efectos de no continuar con esta discrepancia dado que en el fondo no pasaba de ser un problema terminológico más que de substancia.

Las legislaciones antiguas hacían diferencias entre hombres libres y personas: ciudadanos, latinos, peregrinos, mujeres, hijos muchos de los cuales dependían de otras personas, del *pater familias*. La diferenciación hunde sus raíces en el hecho de que la ley diferencia el **estado de la vida**. Así tendríamos que el concebido y el cadáver son, en su aspecto ontológico, seres humanos pero, en su aspecto jurídico, no son personas. El concebido es un sujeto de derecho y el cadáver, objeto de derecho, ambos con especialidad en su tratamiento. Existe una clara y específica naturaleza jurídica entre ellos (y entre estos y la persona). Si bien son seres humanos –en formación o en descomposición– el concebido y el cadáver tienen categorías jurídicas distintas.

(1) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 56.

La persona es el ser en permanente y en constante actividad social. Un actor con un rol protagónico de estilo comunal y social. Sus relaciones son de orden estrictamente interpersonal, de coexistencia y convivencia. No es él solo; es él con los demás. Vive, actúa, crece, produce y muere en sociedad. Aquel es el “hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere –sobre todo muere–, el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere”, en palabras de Unamuno⁽²⁾. El hombre está destinado a vivir en sociedad, solamente en ella puede realizar los proyectos de vida que trace. Como señala Soler es un ser que “está penetrado de elementos sociales, aun cuando se recluya en la mayor intimidad de su conciencia”⁽³⁾. Es imposible imaginar un ser humano que haya nacido y vivido en total abandono y aislamiento, no habría subsistido. Esta constante y permanente actividad colectiva ha determinado que el Derecho le preste atención y tienda a regular sus relaciones de acuerdo a su estado, a su estado de vida biológico o social.

Ahora bien, la vida en sociedad es cambiante y exige que el ser humano adecue sus comportamientos, tanto individuales como grupales, es por ello que dentro de la teoría del sujeto de derecho se ha generado una división en cuanto a la persona se refiere: una que es la individual, el propio ser humano como unidad sico-soma-social, llamada persona natural (cuyo origen está en el nacimiento) y otra que es la colectiva –como conjunto de individuos o entidades– llamada la persona jurídica (cuyo origen es la inscripción en el Registro correspondiente). La noción de persona, a lo largo de los tiempos, se ha ampliado. Esto quiere decir que la otra diferencia romanística entre hombre y persona a la fecha no es materia de estudio ni de preocupación. Donde sí debe distinguirse –y así lo hace la ley– es respecto a la diferencia entre los términos “persona” y “sujeto”. Menciona Fernández Sessarego⁽⁴⁾ que “se trata de un distingo de carácter lingüístico en tanto que siempre, y con cualesquiera de ambas expresiones, aludimos a un mismo ente, o sea a la vida humana. No obstante, dicho recurso lingüístico permite sistematizar con toda amplitud, a nivel normativo, la dimensión sociológico-existencial que integra el fenómeno jurídico, obteniéndose así evidentes ventajas de orden práctico”. La

(2) También citado por BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil parte general*. 21ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, 2004, p. 134.

(3) SOLER, Sebastián. *Ley, historia y libertad*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1943, p. 155.

(4) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 03.

distinción es básicamente teórica, pero es ventajosa debido a que permite normar con mayor precisión todas las formas de existencia humana.

2. ANTECEDENTES

En la Roma antigua no se entendía a todo ser humano como sujeto de derecho.

En efecto, como explica Alessandri, “Los romanos, fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencias entre, hombre y persona. Llamen **hombre** al ser que tiene mente racional en cuerpo humano y **persona**, al hombre libre (*homo liber*). Los esclavos (*homo servi*), son hombres pero no personas, porque carecen del *status libertatis*, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble”⁽⁵⁾, así también a los muertos civiles y, hasta no hace mucho en algunos países, a los judíos y a los arios⁽⁶⁾. Muy por el contrario a ello, como menciona Valencia Zea⁽⁷⁾, en el antiguo Derecho se otorgaba personalidad, incluso, a ciertos dioses (Apolo, Júpiter) considerados como entes inanimados (divinidades)⁽⁸⁾.

La teoría del sujeto de derecho es producto de toda una evolución. Como bien indica Menezes Cordeiro⁽⁹⁾, sería necesaria una evolución milenaria, impulsada por el cristianismo y rematada por el liberalismo, para alcanzar la idea de que todo ser humano tiene la cualidad, en lo tocante a encabezar derechos y obligaciones, lo que quiere decir, ser destinatario de normas jurídicas.

En el Código de 1852 en materia de la teoría del sujeto de derecho solo se refería a uno, al hombre como persona, brindando protección solo en dicho aspecto unidimensional. El artículo 2 nos indicaba: “El hombre desde que nace tiene los derechos que le declaran las leyes”.

(5) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo I, Santiago de Chile, Ediar, 1990, p. 336.

(6) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*, 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961, p. 7.

(7) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 294.

(8) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6.

(9) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 31.

El Código de 1936 reconoció dos sujetos de derecho, la persona natural (art. 1, el nacimiento determina la personalidad) y la persona jurídica (art. 39 en adelante).

El artículo 1 del Código Civil de 1984 institucionaliza la calidad de sujeto de derecho ser humano⁽¹⁰⁾. Como tal regula cuatro sujetos de derecho, los clásicos como la persona natural y la persona jurídica y, los contemporáneos, como el concebido y el ente no personificado.

Bien dice Espinoza Espinoza que: “La sistematización de la categoría jurídica del sujeto de derecho es, sin lugar a dudas, la contribución más importante que hace el codificador peruano a la legislación contemporánea”⁽¹¹⁾ y, en palabras de Fernández Sessarego⁽¹²⁾, esta clasificación del sujeto de derecho ha superado la tradicional clasificación considerada en el Derecho Civil comparado.

3. ETIMOLOGÍA

Sujeto viene de la voz latina *subiectus* que es un participio pretérito o pasado de la palabra *subiicere*, de la que *sub*, debajo y *iectare*, arrojar, poner, de allí que *subiicere* signifique someter. Sometido, sujeto a. De ahí se deriva *subjectum*, “sometido”, “sujeto”, o bien, *subjicere*, “poner debajo”.

Comúnmente se utiliza sujeto para referirse a una persona innominada, que desconozco su nombre (el sujeto que vino ayer) o respecto de algo o alguien expuesto a algo (el alumno está sujeto a las órdenes del profesor).

4. CONCEPTO

Sujeto es el ser en general⁽¹³⁾.

(10) MONGE, Luz. “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*, Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego, Tomo II, Lima, Idemsa, 2010, p. 1048.

(11) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012, p. 2.

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 61.

(13) CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*, 4ª edición, Heliasta, Buenos Aires, agosto de 1980, p. 302.

Sujeto de derecho y ser humano son dos términos indisociables⁽¹⁴⁾, equivalentes⁽¹⁵⁾. Uno es consecuencia del otro. Entre sí se complementan, se integran para proteger la vida humana en su máxima dimensión. Por antonomasia, el sujeto de derecho es el ser humano⁽¹⁶⁾, sin exclusiones⁽¹⁷⁾. Él y solo él. Pero, ciertamente, el hombre no solo y únicamente es sujeto de derecho, es básicamente ser humano, digno y libre, decir lo contrario es **minimizarlo**, olvidando que las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos como tal⁽¹⁸⁾.

La teoría del sujeto de derecho reconoce jurídicamente al ser humano como un ser social, coexistente, viviente, relacionante y relacionado; un ser jurídico, legal, de lo que deriva la protección ofrecida. El ser humano es acreedor frente a cualquier ordenamiento en su condición de persona lo que implica el reconocimiento de derechos fundamentales⁽¹⁹⁾. Como dice Pontes de Miranda⁽²⁰⁾, tomando en cuenta el substrato social, quien se pone la máscara para entrar al teatro del mundo jurídico es apto a desempeñar el papel de sujeto de derecho.

Y es que la existencia jurídica del hombre es clasificada por la ley tomando en cuenta dos situaciones, una biológica y otra social. Así tenemos, al concebido y a la persona natural para el primer caso y, a la persona jurídica y al ente no personificado para el segundo, lo que permite una efectiva seguridad en las relaciones sociales.

El Derecho ha creído conveniente situar al ser humano en posiciones jurídicas especiales. Ha catalogado, posicionado, colocado y ordenado la vida humana de acuerdo al estado con el cual se presenta en sociedad con

-
- (14) MONGE, Luz. "El ser humano como sujeto de derecho". En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomo II, Lima, Idemsa, 2010, p. 1048.
- (15) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, marzo 2011, p. 377.
- (16) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 148.
- (17) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa, Lima, 2012, p. 60.
- (18) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 229.
- (19) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*, Madrid. Ed. Montecorvo, 1976, p. 195
- (20) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 1, Bookseller, Campinas, 1999, p. 215.

la finalidad esencial de darle una adecuada seguridad. Esta teoría se sustenta en que el sujeto de derecho es la conceptualización jurídica de la vida humana. Como teoría creada fue para reconocer una real y efectiva regulación jurídica para las relaciones que lleve a cabo el hombre en la sociedad, tomando en cuenta que la vida humana tiene numerosas formas de presentarse en sociedad, diversos momentos de **despliegue existencial**⁽²¹⁾, **maneras de ser**⁽²²⁾, **fases de la vida del ser humano**⁽²³⁾, **tramos de existencia**⁽²⁴⁾ que son asumidas y reguladas por el Derecho, otorgándole a cada cual una regulación específica. No decimos que existan varios tipos de vidas humanas. No. La idea no es esa. La vida es **una** pero –sea biológica como social– adopta diversos *estadios* que merecen una regulación y tratamiento acorde con su estatus. La categoría del sujeto de derecho es utilizada, exclusivamente, para referirse a las diversas fases de la vida del ser humano⁽²⁵⁾. Es esta esencia y forma cómo la vida se presenta en sociedad, lo que permite categorizarla jurídicamente y de esto se encarga la teoría del sujeto de derecho. Analizar el contenido y posición de la vida humana a fin de otorgarle una connotación legal, un estado, un sitio especial en los estantes, en los anaqueles legales. De esta forma, se regula la vida humana en su verdadera esencia y dimensión.

Dependiendo del estado biológico, la vida se presenta en un estado gestacional (concebido) o en un estado de nacido (persona natural). De acuerdo a un estado social, la vida puede estar jurídicamente organizada (persona jurídica) o socialmente integrada (ente no personificado). Estas cuatro categorías de sujetos no son sino formas o etapas de la vida humana⁽²⁶⁾. Así, el término sujeto de derecho tiene carácter genérico al designar las cuatro modalidades que asuma el ser humano en el discurrir de su vida⁽²⁷⁾. Y es que el hombre como actuante social se presenta de diversas

(21) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Motivensa, Lima, 2009, p. 217.

(22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, setiembre 2011, p. 322.

(23) MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, p. 76.

(24) VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Tomo I, Grijley, Lima, 1996, p. 140.

(25) MONGE, Luz. “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo II, Lima, Idemsa, 2010, p. 1049.

(26) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, marzo de 2011, p. 377.

(27) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Ed. Motivensa, Lima, 2012, p. 62.

formas, sea de manera individual, **solo él**, o de manera conjunta, **con otros** o simplemente **ellos**. El universo jurídico, a decir de Vidal Ramírez, “está poblado por infinidad de sujetos, humanos o no, que gozan de personalidad jurídica y que los hace sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones”⁽²⁸⁾. Esto es lo que, justamente, el Derecho considera para estructurar la teoría del sujeto de derecho, dar normas conceptuales y fijar relaciones de acuerdo al **estatus** del individuo.

La teoría del sujeto de derecho otorga resguardo de acuerdo a las necesidades de cada caso y, como es entendido, estas no son similares ni en su contenido ni en cuanto a quien las realiza. Entonces, cuando nos referimos al sujeto de derecho estamos hablando de aquel ser que le corresponde una protección legal y que asume un compromiso con la sociedad.

El protagonista del Derecho es el ser humano quien es catalogado como sujeto de derecho por un tecnicismo jurídico, generando una institución sin precedentes en la teoría general del Derecho al dimensionar y categorizar jurídicamente la vida humana.

Si alguien no está en relación de Derecho no es sujeto de derecho⁽²⁹⁾.

5. DENOMINACIÓN

La terminología utilizada para denominar la institución del sujeto de derecho en la doctrina comparada es variada.

En el Derecho contemporáneo se le conoce centro de referencia (Gianini), sujetos de la actividad jurídica (Rescigno), ser jurídico (León Barandiarán)⁽³⁰⁾, titular de relaciones jurídicas (Bianchi), ente o centro de referencia normativa (Fernández Sessarego)⁽³¹⁾, titular de derechos, *Rechts-subjekt*, ente jurídico, sujeto de relación jurídica, *subjectum iuris*. La doctrina brasilera lo llama *sujeitos de direitos*, los franceses *sujet de droit* y *soggetto di diritto* los italianos. Pontes de Miranda nos refiere variopintas denominaciones del sujeto de derecho, así tenemos sujeto de pretensión,

(28) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Ed. Cuzco, Lima, 1985, p. 100.

(29) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 207.

(30) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991, p. 98.

(31) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición. Grijley, Lima, 2009, p. 3.

sujeto de acción y sujeto de excepción o lo que es lo mismo titular de derecho, titular de pretensión, titular de acción y titular de excepción⁽³²⁾.

Alzamora Valdez⁽³³⁾ prefiere utilizar el término en plural **sujetos de derecho** en razón de la existencia de la relación jurídica que compone, acreedor y deudor.

Es sujeto de derecho, sujeto de facultad, sujeto a atribuciones legales. Finalmente, sujeto de derecho y de obligaciones.

El término sujeto es utilizado variablemente por el derecho: sujeto activo, sujeto pasivo, sujeto de deber, sujeto imputable, sujeto responsable, sujeto obligado.

5.1. Otras denominaciones

El concepto sujeto de derecho está subsumido dentro de la denominación de persona, personalidad, capacidad jurídica.

5.1.1. Persona

Es el término más común, utilizado como sinónimo de sujeto de derecho, como lo toma y demuestra la doctrina clásica seguida por Clovis Bevilacqua⁽³⁴⁾ cuando dice que está íntimamente ligada a la aptitud genérica de adquirir derechos y contraer obligaciones, así en nuestro medio por León Barandiarán⁽³⁵⁾, persona es el ser jurídicamente apreciado.

Pontes de Miranda⁽³⁶⁾ manifiesta que la persona es apenas un concepto, es universal, con el cual alude a la posibilidad de ser sujeto. Borda⁽³⁷⁾ considera que persona significa hombre, desde el punto de vista jurídico designa simplemente a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Para Lete del Río⁽³⁸⁾ la persona como ser humano es capaz

(32) *Ibíd.*, p. 214.

(33) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, p. 109.

(34) Cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 20ª edição, Vol. I, Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 213.

(35) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991, p. 98.

(36) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1ª edición, Tomo 1, Campinas, Bookseller, 1999, p. 215.

(37) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 243.

(38) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 20.

de derecho y obligaciones o, bien como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica. Limongi França⁽³⁹⁾ refiere que persona sería todo ente capaz de derecho y obligaciones. El *Esbôço* de Freitas consagra que: “Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas”⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾.

5.1.2. Personalidad

Personhood como lo denomina el Derecho Sajón.

Tobías⁽⁴²⁾ nos dice que el término personalidad no tiene un significado pacífico, se le identifica con:

- Persona.
- Condición de persona.
- Aptitud que se tiene para adquirir derechos y obligaciones (cualidad jurídica).
- Aptitud para constituirse en sujeto de derecho.
- Capacidad jurídica.

Los términos persona y personalidad son sinónimos, en algunos casos se ha utilizado como equivalente de capacidad jurídica (goce) o todavía, más impropia, como capacidad de obrar (ejercicio)⁽⁴³⁾. La *personalidad jurídica* se traduce precisamente en la aptitud para ser titular autónomo de relaciones jurídicas, para ser sujeto de relaciones jurídicas⁽⁴⁴⁾ siendo inherente a la **capacidad jurídica o capacidad de goce de derechos**⁽⁴⁵⁾. Según Díez-Picazo⁽⁴⁶⁾, es la capacidad de la persona para realizarse en el

(39) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 41.

(40) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil, Esbôço*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, Río de Janeiro, 1952, p. 17.

(41) Para mayor referencia en este punto vid. RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “La persona en el Esbozo de Teixeira de Freitas”. En: *Observatorio de Derecho Civil*. Vol. IV: La Persona, Motiyensa, Lima, p. 135 y ss.

(42) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6 y 7.

(43) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 22.

(44) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 193.

(45) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 194.

(46) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, p. 230.

más amplio sentido de la palabra. Lasarte⁽⁴⁷⁾ considera que al hablar jurídicamente de personalidad se está haciendo referencia al reconocimiento de alguien como sujeto de derecho y obligaciones. Para Diniz⁽⁴⁸⁾ la personalidad es la aptitud genérica para adquirir derechos y contraer obligaciones; la posibilidad de ser sujeto, *i.e* una aptitud reconocida, de forma que toda persona está dotada de personalidad. Domínguez Martínez⁽⁴⁹⁾ considera que es la aptitud para ser sujeto de derecho y obligaciones (en el mismo sentido Trabucchi, Castán Tobeñas, Mazeaud). Es la potencia o aptitud para la realización de la persona como sujeto de derecho, titular de relaciones jurídicas.

Muchos Códigos utilizan este término como el de Argentina, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Cataluña, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, Guatemala, Macau, México, Panamá, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Yucatán, entre otros, así como el Código del 36 en Perú.

5.1.3. Capacidad

La capacidad es una medida de la personalidad⁽⁵⁰⁾.

El sujeto de derecho es capaz de goce. Es titular de relaciones jurídicas subjetivas. Tiene derechos y se vale de ellos para su existencia (independientemente pueda o no ejercerlos). Por su propio estatus de hombre, al *ser* y *estar*, le corresponde un tratamiento normativo agenciado por el Derecho.

6. DEFINICIÓN

Filosóficamente, el sujeto es el ser substancial que es sustrato de cualidades y término de relaciones⁽⁵¹⁾.

(47) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 149.

(48) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 116.

(49) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1994, p. 129.

(50) DINIZ, María Elena. *Ob. cit.*, p. 117.

(51) SALAZAR BONDY, Augusto. *Breve vocabulario filosófico*. 2ª edición, Ed. Arica, Lima, 1971, p. 76.

Alzamora Valdez refiere que el sujeto de derecho es “el centro de imputación normativa”⁽⁵²⁾. Según Fernández Sessarego, “es aquel ente al cual el ordenamiento jurídico positivo, en concordancia con la realidad de la vida, imputa derechos y deberes”⁽⁵³⁾. Para Torres Vásquez “el sujeto de derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individualmente (persona natural) o colectivamente (persona jurídica)”⁽⁵⁴⁾. Guevara Pezo señala que “es el ente capaz de tener derechos o contraer obligaciones”⁽⁵⁵⁾. Espinoza Espinoza lo trata como “un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana”⁽⁵⁶⁾.

En la doctrina comparada, Bonnecase considera que “es un ser susceptible tanto de beneficiarse con sus disposiciones, como de sufrir eficazmente su coacción y cumplir mandamientos”⁽⁵⁷⁾. Breccia, Bigliuzzi, Natoli y Busnelli⁽⁵⁸⁾ lo consideran como el centro unitario de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. Valencia Zea⁽⁵⁹⁾ nos dice que es el ente que tiene capacidad para ser sujeto de normas jurídicas (activa o pasivamente). Para Frosini es la “situación jurídica subjetiva en cuanto a conjunto de poderes y deberes, reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico como capacidad de exigir y/o prestar”⁽⁶⁰⁾. Pontes de Miranda⁽⁶¹⁾ es el ente que figura activamente en la relación jurídica fundamental o en las relaciones jurídicas que son de efectos ulteriores. Limongi França⁽⁶²⁾, el ente

-
- (52) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, p. 113.
- (53) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Ed. Motivensa, Lima, 2012, p. 60.
- (54) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, marzo de 2011, p. 377.
- (55) GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2004, p. 77.
- (56) ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012, p. 1.
- (57) BONNECASE, Julien. *Elementos del Derecho Civil*. Tomo I, Puebla, José M. Cajica, 1945, p. 230.
- (58) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 96 y 105.
- (59) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 293 y 295.
- (60) FROSSINI. “Il soggetto del Diritto come situazione giurudica”. En: *Rivista di Diritto civile I*, 1969, p. 228. Cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 35.
- (61) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 1, Campinas, Bookseller, 1999, p. 214.
- (62) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 41.

capaz de adquirir derechos y obligaciones. Lôbo⁽⁶³⁾, sujeto de derecho son todos los seres o entes dotados de capacidad para adquirir o ejercer titularidades de derechos y responder por deberes jurídicos. Diniz⁽⁶⁴⁾ es aquel que es sujeto de un deber jurídico, de una pretensión o titularidad jurídica, que es o puede hacer valer, a través de una acción, o no cumplimiento de deber jurídico, o mejor, el poder de intervenir en la producción de una decisión judicial. Gomes⁽⁶⁵⁾, es la persona a quien la ley le atribuye la facultad o la obligación de actuar, ejerciendo poderes o cumpliendo deberes, esta definición tiene más un contenido de persona capaz de ejercicio. Mota Pinto⁽⁶⁶⁾, son los entes susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones, de ser titulares de relaciones jurídicas.

El sujeto de derecho es aquel a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones que le permiten su desarrollo y que pueda llevar a cabo sus relaciones sociales. Es el centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, de derechos y obligaciones, facultades y deberes. Viene a presentarse, entonces, como un **ser jurídico** pues vale, importa y trasciende en el Derecho. Esto es lo elemental, ser la razón de la teoría del Derecho en el sentido que al hombre, en su dimensión social, se le categoriza jurídicamente a efectos de otorgarle las herramientas indispensables para generar la validez en sus actos y para prestarle la seguridad y el amparo requeridos.

Entonces, el sujeto de derecho es quien por su estatus, naturaleza y conformación es catalogado como un **ser jurídicamente relevante**, siendo capaz de entablar relaciones jurídicas válidas aunque no sea per se. Como tal, permite el establecimiento de situaciones jurídicas subjetivas a tener y ser parte de un conjunto de poderes y deberes reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico, con capacidad de exigir y/o de prestar.

7. CARACTERÍSTICAS

Entre las características del sujeto de derecho tenemos las siguientes:

(63) LÔBO, Paulo. *Parte general* (Direito civil). Saraiva, São Paulo, 2009, p. 106.

(64) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*, Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 115 y 116.

(65) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 142.

(66) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 193.

- **Categorización jurídica de la vida humana**

Sistematiza la vida humana a través de una forma legal. Le da un contenido jurídico con la finalidad de protegerla adecuadamente. Esta categorización de la vida humana se da de acuerdo al estado con el que se presenta en sociedad con la finalidad esencial de darle una precisa seguridad.

La categoría del sujeto de derecho es utilizada para referirse a las distintas fases de la vida del ser humano. La esencia y forma como la vida se presenta en sociedad permite categorizarla jurídicamente y de esto se encarga la teoría del sujeto de derecho.

- **Vitalidad humana**

Para ser sujeto de derecho debe cumplirse con un requisito importante, es más indispensable, tener vida y no cualquier tipo de vida sino **vida humana**.

A decir de Torres Vásquez: “Desde el punto de vista jurídico, el ser humano es el único centro de imputación de derechos y deberes en tanto y en cuanto ocupa cierta posición jurídica en la sociedad”⁽⁶⁷⁾. Para Lete del Río⁽⁶⁸⁾, la condición de persona [entendida como sujeto de derecho], jurídicamente es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivos. Y es que el sujeto de derecho es el ente con contenido humano. Todo el derecho objetivo y, por tanto, todo el derecho subjetivo fue creado para satisfacer intereses humanos (*hominum causa omne jus constitutum* - D. 1, 5, 2), de ahí la relevancia del concepto sujeto de derecho⁽⁶⁹⁾.

El contenido esencial y principal del sujeto derecho es la vida humana, su sustrato material, su substancia, esencia, ser y naturaleza. Solo el ser humano, individual o colectivamente organizado, es sujeto de derecho, no lo son los demás entes del mundo⁽⁷⁰⁾. Todos los seres humanos y los entes creados por el Derecho como las personas morales son los únicos sujetos jurídicos, pues ninguna cosa, incluso los animales, son considerados legal

(67) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, marzo de 2011, p. 376.

(68) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 22.

(69) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 241.

(70) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 61.

y jurídicamente como tales⁽⁷¹⁾. La categoría jurídica de sujeto de derecho recae, siempre y en última instancia, en el ser humano⁽⁷²⁾.

Esta característica lo diferencia del objeto de derecho en que no tiene **vitalidad** sino solo **utilidad**, una materialidad superviviente. Al identificar a la persona como sujeto activo o pasivo de la relación jurídica se quiere decir que la persona es sujeto, nunca objeto⁽⁷³⁾. Cuando el derecho atribuye la calidad de sujeto a la persona la considera en dos planos (i) como un presupuesto necesario, comprende lo que podría denominarse el **sustrato** del hombre, como unidad sustancial, inteligente y libre; y, (ii) todo aquello que le corresponde y que le puede ser atribuido como **suyo** en sus relaciones con los demás hombres⁽⁷⁴⁾.

Todo ser humano en razón de su existir en este mundo es sujeto de derecho. “Esta calidad aparece indisolublemente ligada a su existencia, lo cual significa que es el fenómeno biológico de la vida humana el que desencadena la adquisición o la pérdida de la posibilidad de ser considerado como titular de derechos y obligaciones”⁽⁷⁵⁾. Cierta doctrina considera que la condición mínima que debe tener el sustrato material al que puede y debe otorgársele personalidad, es la de ser un **sujeto de voluntad**⁽⁷⁶⁾ y es que esa voluntad solo puede emanar del ser humano, como ser libre y jurídico que es.

Se goza desde que existimos hasta morir, a decir de Larroumet⁽⁷⁷⁾, le es atribuida a todo individuo desde que existe.

- **Capacidad de goce**

El sujeto de derecho tiene capacidad de goce, *i.e.* la titularidad intrínseca de relaciones jurídicas subjetivas. Todo sujeto de derecho es,

(71) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1994, p. 125.

(72) ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012, p. 8.

(73) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 21.

(74) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, pp. 114 y 115.

(75) MONGE, Luz. “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo II, Lima, Idemsa, 2010, p. 1048.

(76) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 293.

(77) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Primera reimposición, Legis, Bogotá, 2008, p. 221.

necesariamente, titular *de facto* de relaciones jurídicas⁽⁷⁸⁾, lo que quiere decir que es capaz de goce.

Capacidad de goce (jurídica, genérica) es la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, de tenerlos, contar con ellos. La subjetividad se refiere a la capacidad de goce. Cuando un individuo se torna titular de un derecho, gana la *facultas agendi*, esto es, el ser humano es elevado a la posición de sujeto de derecho⁽⁷⁹⁾.

- **Genera relación jurídica subjetiva**

Dice Alzamora Valdez⁽⁸⁰⁾ que el sujeto de derecho tiene que ver con la relación jurídica, en la que hay un derecho-habiente o *creditor* y un obligado o *debitor*; la relación jurídica tiene así dos sujetos de derechos, de allí que dicho autor justifica su denominación en plural, **sujetos de derecho**.

Necesariamente, toda relación jurídica depende de la presencia de, al menos, dos sujetos de derecho. Esto indica que generalmente participa un sujeto activo, titular del derecho subjetivo, y un sujeto pasivo, titular del deber jurídico, encontrando supuestos donde la ubicación de sujeto activo o pasivo se entrecruza⁽⁸¹⁾.

De las relaciones jurídicas más simples a las más complejas de nuestra vida estamos siempre en la posición de titulares de derechos y obligaciones, la posición de sujetos de derechos⁽⁸²⁾. Como tal, el sujeto de derecho es titular (activo) de derechos, de pretensiones, de acciones y de excepciones y, también, sujeto (pasivo) de deberes, obligaciones, acciones y excepciones⁽⁸³⁾. Ser *subjectum iuris* implica gozar de derechos y deberes, de relaciones jurídicas (*Rechtsverhältnis*). El plexo o conjunto de derechos subjetivos y deberes que se atribuyen al sujeto de derecho se le conoce con la expresión relación jurídica subjetiva⁽⁸⁴⁾.

(78) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 193.

(79) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002, p. 149.

(80) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, p. 109.

(81) KRASNOW, Adriana. "Comienzo de la existencia de la persona". En: <www.laleyonline.com.ar> (01/05/2013).

(82) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Sao Paulo, Atlas, 2002, p. 149.

(83) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 209.

(84) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 60.

Como dice Monteiro: “El primer elemento que aparece, por tanto, en la relación jurídica es el sujeto o la persona, sin el cual no puede existir Derecho. De hecho es inadmisibles la existencia de facultad o poder sin sujeto”⁽⁸⁵⁾.

De obligaciones y deberes

Al sujeto de derecho no solo se le atribuyen derechos, le corresponden también deberes. Sería monstruosamente unilateral pensar en un sujeto solo de deberes como pensar en un sujeto solo de derechos⁽⁸⁶⁾. El primer deber del sujeto es el de no causar daño a los otros seres humanos con los que se coexiste en sociedad⁽⁸⁷⁾.

Un derecho lleva consigo un deber. Uno es consecuencia del otro. No puede haber derecho sin deber, ni deber que no emerja de un derecho. Todo derecho subjetivo conlleva, simultánea e implícitamente, un deber y en todos los deberes subyacen derechos; *i.e.* no hay en cuanto a su ejercicio derechos subjetivos puros, absolutos, así como deberes que no conlleven derechos⁽⁸⁸⁾. A decir de Messineo, “Contenido del derecho es el conjunto de los poderes, pero también de los deberes que corresponden a ellos”⁽⁸⁹⁾.

De la mano con un derecho hay una obligación y es que la vida jurídica es un dar y un recibir. Por ello ser sujeto de derecho, por lógica consecuencia, implica ser beneficiario de derechos pero cumplidor de obligaciones, en pocas palabras estar sometido al señorío de la ley, a los **mandatos** que esta impone. Los mandatos son deberes impuestos por el Estado que confieren a su titular un poder jurídico, derechos y deberes, que integran la esfera jurídica del sujeto de derecho. Se es, entonces **sujeto de derecho** y **sujeto de deberes**. Sin embargo, Llambías⁽⁹⁰⁾ nos dice que siendo la obligación es una especie del género **derecho** resulta innecesario referirse a

(85) MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 61.

(86) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 385.

(87) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa. Lima, 2012, p. 61.

(88) *Ibidem*, p. 60.

(89) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 258.

(90) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 21ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 223.

la obligación, siendo suficiente hablar de derechos, o del término genérico **sujeto de derecho**.

- **Subjetividad**

Está relacionada con el ser, con la existencia valorada por el Derecho.

El sujeto de derecho es un fin en sí mismo, premunido de dignidad, beneficiario de respeto y consideración. Sujeto de derecho y digno son sinónimos, ambos se dirigen al ser humano como **merecedor** o **tributario** de situaciones jurídicas protectivas. El derecho subjetivo, a decir de Larroumet⁽⁹¹⁾, “es un poder del sujeto de derecho que revela la existencia de relaciones sociales entre los individuos y, sobre todo, que hace posible dichas relaciones”. Cornu sostiene que “los derechos subjetivos son prerrogativas individuales, que tienen un titular –el sujeto de derecho–, a quien se le concede una libertad, facultad o poder dentro de una esfera de actividad con el fin de procurar la satisfacción individual de un interés personal”⁽⁹²⁾.

- **Producto del ordenamiento jurídico**

El sujeto de derecho es una creación del sistema jurídico para poder catalogar la vida humana y otorgar derechos, así como exigir obligaciones, al ser humano.

Desde una visión naturalista se sostiene que el sujeto de derecho preexiste al sistema jurídico y este solo se limita a reconocerlo y ampararlo como tal. Sin embargo, la calidad de sujeto de derecho es determinada por ley, esta aptitud jurídica no le viene por naturaleza, sino del ordenamiento jurídico⁽⁹³⁾. Así también, a nivel local, Guevara Pezo, es la ley que “cumple el papel de determinar cuáles son los entes que obtienen el reconocimiento que les permitan convertirse en dichos centros de imputación, sujetos de derecho”⁽⁹⁴⁾; en igual sentido, Monge⁽⁹⁵⁾ manifiesta que es la potestad del Estado la que atribuye o niega la calidad de sujeto de derecho.

(91) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 294.

(92) CORNU, Gérard. *Droit civil: Introduction au Droit*. 13^e edition. Montchrestien. París, 2007, p. 31.

(93) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*, 2^a edición, Assandri, Córdova, 1961, p. 7.

(94) GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2004, p. 77.

(95) MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3^a edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, p. 76.

- **Reconocimiento de un estado**

Son dos los estados que determinan el surgimiento del sujeto de derecho:

- El biológico (sea la concepción o el nacimiento), y;
- El social (la voluntad de agruparse).

- **Extinción**

La muerte es el momento extintivo de la subjetividad⁽⁹⁶⁾.

Sin sujeto no hay derechos. Muerto el sujeto, sus derechos se extinguen y pasan a sus herederos, quienes los ejercen a fin de honrar la memoria de sus muertos, lo que se denomina protección de la memoria de los difuntos, que algunos llaman **protección de la personalidad pretérita**. Pero esta forma de cautela es extraña al Derecho, es típico de normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídico⁽⁹⁷⁾.

Cierto es que luego de la muerte surgen derechos que en vida o se tenían pero, per se, no corresponden a un sujeto sino a lo que este en vida determinó.

8. NATURALEZA JURÍDICA

El sujeto de derecho es una creación de la teoría del Derecho que terminó plasmándose en una ley a efectos de su posicionamiento normativo. Encontrar su razón de ser implica preguntarnos ¿qué es el sujeto de derecho para el Derecho? Frente a esta pregunta podríamos tener las siguientes respuestas:

8.1. Categoría jurídica

Categorizar es posicionar, colocar ordenadamente de acuerdo a un valor determinada situación y eso es, justamente, lo que hace la teoría del sujeto de derecho. Con esta posición tenemos a Valencia Zea⁽⁹⁸⁾.

(96) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 96 y 105.

(97) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 157.

(98) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 294.

Consideramos que relacionar al sujeto de derecho con una categoría jurídica es tender a una clasificación, una taxonomía, una tipología que permita diferenciar estados biológicos o sociales a fin de ofrecerles la mejor protección. Dice León Barandiarán⁽⁹⁹⁾ que al individuo, al ser considerado la calidad de sujeto de derecho, se le reconoce esta categoría entitativa.

8.2. Atributo de la persona

Nelson Nery⁽¹⁰⁰⁾ sostiene que esa capacidad de ser sujeto de derecho (inherencia de la personalidad) dota también a la persona de atributos que la distinguen de otros sujetos de derechos (v. gr., logo adiante, o tema “atributos da personalidad”), aspectos que irán a contribuir, después, para el trazo propio de la individualidad de cada cual, creando el esqueleto de aquello que se entiende por individuo. Ser sujeto de derecho implica tener un estatus en la sociedad que permita proteger y diferenciar a los seres humanos.

8.3. Teoría

Para Alzamora Valdez⁽¹⁰¹⁾, los sujetos de derechos no son entes sino conceptos, construcciones del pensamiento científico, un conjunto de notas o calidades organizadas por el orden jurídico. El sujeto de derecho es parte de la doctrina y la dogmática jurídica. Se presenta como una forma de teorizar jurídicamente acerca de los que es la vida humana desde la óptica jurídica. Como teoría jurídica se fundamenta en la necesidad que el Derecho cuente con terminología propia acerca de la vida humana en todas sus dimensiones sociales.

8.4. Aptitud

Todo hombre por el simple hecho de nacer tiene aptitud para ser sujeto de derecho, según Lete del Río⁽¹⁰²⁾, *i.e.* tiene una capacidad, una facultad connatural para ser posicionado como tal por el Derecho. Con el mismo criterio, Larroumet, quien refiriéndose a la personalidad jurídica,

(99) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Imprenta UNMSM, Lima, enero de 1973, p. 86.

(100) NERY JÚNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*, 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 241.

(101) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, p. 110.

(102) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 22.

dice que “es una aptitud para adquirir derechos y de obligarse con otros, su atributo esencial es la posibilidad de entrar en relación jurídica con otro”⁽¹⁰³⁾. Asimismo, Orgaz⁽¹⁰⁴⁾ quien, refiriéndose a la persona, considera que es una aptitud jurídica.

8.5. Institución

A todas estas teorías se suma esta última, que con un criterio ecléctico, considera al sujeto de derecho como una institución, una figura jurídica que contiene una serie de principios o elementos propios que la configuran como tal.

9. CLASIFICACIÓN

Fernández Sessarego manifiesta que: “En la experiencia jurídica –en la dimensión existencial– este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano antes de nacer o después de haberse producido este evento ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas”⁽¹⁰⁵⁾.

9.1. Generalidades

La atribución y determinación del estatus de sujeto es problemática y controvertida al envolver tecnicismo e ideología. Ser sujeto para el Derecho implica estar en él, ser su parte, beneficiarse de una protección legal, hallarse en el centro de las funciones del Derecho. Situaciones estas de las cuales goza y es merecedor el hombre. Soy, por ende, sujeto de derecho, por mi situación de ser humano, elemento indispensable, siendo reconocido como tal por la ley.

Se aprecia, con un criterio objetivo, que la clasificación del sujeto de derecho está dada de acuerdo a la esencia de la vida, a su estado, a como esta se presenta en la sociedad, a la variabilidad de sus manifestaciones –sea individual o colectivamente– lo que ha obligado a que el Derecho le ofrezca, de acuerdo a su esencia, las medidas de seguridad y las reglas de desenvolvimiento adecuadas.

(103) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. 1ª reimpresión, Legis, Colombia, 2008, p. 294.

(104) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2 edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, p. 6.

(105) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición. Grijley, Lima, 2009, p. 3.

9.2. Taxonomía genérica

Los sujetos de derechos se estructuran de acuerdo a dos situaciones, dependiendo de su individualidad (unidad de vida) o la colectividad (agrupación de vida).

De acuerdo a su conjunto

9.2.1. Sujetos de derecho individuales

La individualidad implica que el sujeto de derecho es el hombre en unidad; solo, sin compañía y, como tal, el Derecho le presta una seguridad en su calidad de ser social individual. En este rubro tenemos al concebido y la persona natural.

9.2.2. Sujetos de derecho colectivos

A diferencia de la individualidad, el sujeto de derecho colectivo está determinado por un grupo de personas que buscan un objetivo en común para satisfacer sus intereses. Frente a esta situación se ha creado una estructura jurídica tendente a regular la pluralidad, la diversidad de personas, asumiendo un criterio legal y otorgar personería jurídica al grupo. En este rubro tenemos a la persona jurídica y al ente no personificado.

De acuerdo a su contenido

9.2.3. Sujetos de derecho común

Son los sujetos normales, corrientes, frecuentes, generales, así la persona natural, la jurídica y el ente no personificado.

9.2.4. Sujetos de derecho especiales

Son los sujetos sui géneris, singulares, particulares, como el concebido y los llamados débiles jurídicos, personas vulnerables, como el niño, paciente, mujer, embarazada⁽¹⁰⁶⁾, persona con discapacidad mental, física o sensorial, ancianos, desplazados⁽¹⁰⁷⁾.

(106) Las embarazadas, en la historia, han tenido una doble protección, en su calidad de mujeres y de gestantes. La pena de muerte se posterga hasta que se produzca el nacimiento y *lex caesarea* romana prescribía que la cesárea debía llevarse a cabo en una mujer moribunda con el fin de salvar al bebé.

(107) Ley N° 28223, Ley sobre los desplazamientos internos y su Reglamento DS. N° 004-2005-MIMDES.

Para la Ley General de la Salud (art. V), en concordancia con el artículo 4 de la Constitución, son sujetos de derecho especiales en el cuidado de la salud:

- El niño.
- La madre.
- El adolescente.
- El discapacitado.
- El anciano en situación de abandono social.

Es responsabilidad del Estado velar por el bienestar general (entiéndase salud), de estos seres humanos que, dada sus características físicas o psíquicas, se presentan como grupos vulnerables, como los denomina la doctrina son *débiles jurídicos* o *sujetos vulnerables* que necesitan de protección especial, una tutela - *venia debilium*, respecto de acciones que pueden perjudicarlos.

En este sentido ha sido consagrado en la legislación estableciéndose la atención preferente a las mujeres embarazadas, las niñas, niños, los adultos mayores en lugares de atención al público⁽¹⁰⁸⁾, asimismo existe un tratamiento especial en materia de transporte para discapacitados, embarazadas y adultos mayores⁽¹⁰⁹⁾.

Un interesante tratamiento, sobre el particular, presta la Constitución Política del Ecuador (2008) a los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria:

“Artículo 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria

(108) Ley N° 27408 (DOEP, 24/01/2001), modificada por la Ley N° 28683 (DOEP, 11/03/2006). En términos generales indica que en los lugares de atención al público las mujeres embarazadas, las niñas, niños, las personas adultas mayores y con discapacidad, deberán ser atendidas y atendidos preferentemente. Asimismo, los servicios y establecimientos de uso público de carácter estatal o privado deben implementar medidas para facilitar el uso y/o acceso adecuado para las mismas.

(109) Ley N° 28735 (DOEP, 18/05/2006), Ley que regula la atención de las personas con discapacidad, mujeres embarazadas y adultos mayores en los aeropuertos, aeródromos, terminales terrestres, ferroviarios, marítimos y fluviales y medios de transporte.

recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

Los débiles jurídicos al no poder valerse por sí mismos requieren de un tratamiento orgánico y uniforme dada su incapacidad, de forma tal que se establezcan en ejecución práctica del principio *pro homine* y *debilis* los medios de resguardo, dejando de lado su anterior categoría de *non sujets de droit*.

De acuerdo a su esencia:

9.2.5. Sujetos de existencia visible⁽¹¹⁰⁾

Son las personas naturales, físicas o personas propiamente dichas⁽¹¹¹⁾. Podemos llamarlas sujetos de derechos humanos.

9.2.6. Sujetos de existencia ideal⁽¹¹²⁾

Son las personas jurídicas, morales, civiles, ficticias, fingidas o no visibles. Podemos llamarlas sujetos de derechos no humanos.

De acuerdo a sus compromisos:

9.2.7. Sujeto activo

El que hace, lleva a cabo. El obligado. “Sujeto de”, connotación activa (sujeto actuante)⁽¹¹³⁾. Es el titular de la acción: accionante, *debitor*.

9.2.8. Sujeto pasivo

El que recibe, se favorece. El beneficiado. “Sujeto a”, connotación pasiva (sujetado)⁽¹¹⁴⁾. Es el titular de la recepción: derechohabiente, *creditor*.

(110) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esbôço*, tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, Río de Janeiro, 1952, p. 19.

(111) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 42.

(112) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esbôço*, Tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, Río de Janeiro, 1952, p. 19.

(113) ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012, p. 3.

(114) Ídem.

Sujeto activo y pasivo conforman la relación jurídica-subjetiva. Aunque, valgan verdades es mejor hablar solo de sujetos, sin la adjetivación de activo o pasivo dado que ambos asumen compromisos. Los dos son pretensores.

9.3. Taxonomía común

El sujeto de derecho es un arquetipo, un modelo, *genus* (hiperónimo). Un molde del cual emergen otras categorías de sujetos, como el concebido, persona natural o jurídica y la no inscrita, que son la especie, *spes* (hipónimo).

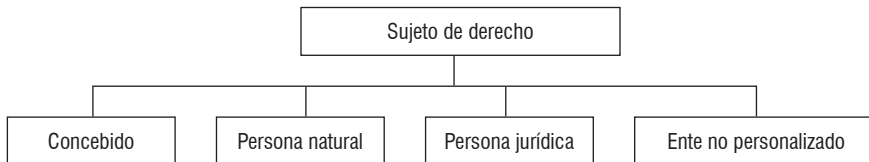
Se pueden dividir en dos tipos de sujetos de derecho: individuales y colectivos.

Dentro de los individuales encontramos al concebido y a la persona natural. Y dentro de los colectivos, a la persona jurídica y al ente no personificado.

La categoría jurídica genérica de sujeto de derecho admite dos categorías jurídicas específicas, la que a su vez se divide en cuatro tipos de sujetos de derecho.

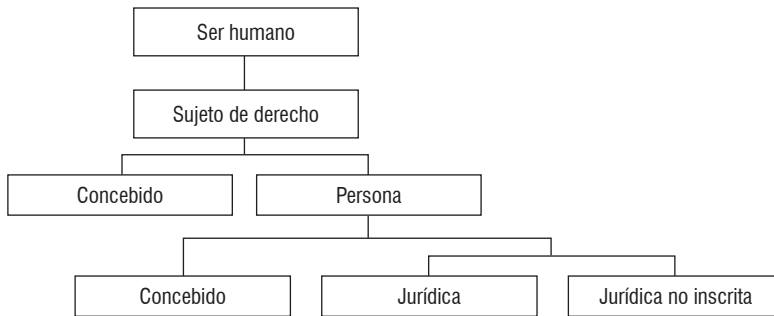
Categoría jurídica		
Genérica	Específica	Tipos
Sujeto de derecho	Sujeto de derecho individual	Concebido
		Persona natural
	Sujeto de derecho colectivo	Persona jurídica
		Ente no personificado

La tipología de los sujetos de derecho en el Código del 84 es la siguiente:



Efectivamente, es con la dación del Código de 1984 que se entiende como sujeto de derecho a todo ser humano, tomando en cuenta la diversidad de estados biosociales que puede asumir tales como concebido,

persona natural, persona jurídica y el ente no personificado. Esta es una clasificación que nos aproxima a la regulación del sujeto de derecho en nuestro Código y que, a modo de propuesta, proponemos la siguiente apreciación de taxonomía básica del sujeto de derecho en nuestro panorama civil nacional:



El sujeto de derecho, como institución jurídica que consagra el actuar del hombre en sociedad, es el género puesto que representa el contexto universal o global que configura la categorización jurídica de la vida humana. Mientras que, los tipos que de la teoría general se originan, esto es, las clases de sujetos de derecho, se presentan como la especie, teniendo entre ellos al concebido, la persona natural, la persona jurídica y el ente no personificado. De manera metódica quedaría plasmado de la siguiente manera:

Género	Sujeto de derecho			
Especie	Concebido	Persona natural	Persona jurídica	Ente no personificado

Visto gráficamente tendríamos que el sujeto de derecho es el *genus* mientras que el concebido, la persona natural, la persona jurídica y el ente no personificado se presentan como la *spes*. Como diría Césare Magni⁽¹¹⁵⁾, el sujeto de derecho es el **símbolo primario** y la persona, el **símbolo derivado**, a lo cual –nosotros– agregaríamos a los demás sujetos. Lo importante de esta sistematización es que dentro del género, con su doctrina sólida y establecida, pueden ir acondicionándose nuevos tipos de sujeto, mientras

(115) MAGNI, Césare. “Soggetto e persona nel Diritto”. En: *Studi in onore de Vincenzo del Giudice*, Milán. 1953, p. 29. Ob. cit., FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 34.

que en la especie se indicarán y consagrarán las facultades y deberes, así como relaciones típicas que han de corresponderle a cada ser jurídico.

9.3.1. Concebido

Es aquel ser humano que se encuentra en un estado de desarrollo biológico primario, sea *in utero*, estado gestional o *ex utero*, por implantarse o crioconservado.

Este estado es apreciado de una manera singular por el Derecho otorgándole un trato especial, diferencial, propio para su situación biológica. El concebido no es un sujeto de derecho común sino, a contrario sensu, es un sujeto de derecho sui géneris, especial y único.

Esta característica en su tratamiento se debe a que goza per se de dos situaciones jurídicas:

- La atribución de los derechos patrimoniales está supeditada a que nazca vivo.
- La teoría de los efectos favorables.

9.3.2. Persona natural

Es aquel ser humano nacido. El hombre de carne y hueso.

A la persona, como sujeto de derecho común, se le aplican las relaciones jurídicas sin ningún tipo de restricción o reserva, a menos de que esté de por medio alguna causa de incapacidad o restringido sus derechos.

9.3.3. Persona jurídica

Es aquel ente corporativo. Ente, organización.

El grupo de personas reunidas a efectos de poder satisfacer sus necesidades y cumplir sus anhelos de manera colectiva, habiéndose ceñido a una forma establecida por la ley y que consta inscrita en el registro correspondiente.

Cuenta con una autonomía y capacidad propia en las relaciones jurídicas que genere, esto implica que la persona jurídica es distinta legalmente, independiente, a sus integrantes.

9.3.4. Ente no personificado

Es aquel grupo de personas que se han reunido a efectos de poder satisfacer sus necesidades y cumplir sus anhelos de manera colectiva, pudiéndose haber sujetado a una forma establecida por la ley, pero que no han cumplido con el requisito de la inscripción en el registro correspondiente.

Las relaciones jurídicas son asumidas por sus integrantes de manera solidaria. Podríamos decir que el ente no personificado es un sujeto de derecho dual, *i.e.* responden individualmente sus integrantes pero actúan colectivamente.

9.4. Otros sujetos de derecho considerados en la ley civil nacional

La legislación nacional gira en torno a la persona, ya que se encarga de regular cada una de sus vivencias, relaciones y conductas. Sin embargo, en casos especiales es de necesidad que el Derecho dicte normas concretas y típicas para ordenar y canalizar la defensa y protección de la vida humana en relación con alguna actividad, acontecimiento o situación dada. Existen, siguiendo esta lógica, normas que protegen de manera categórica y exclusiva al niño, al paciente, a la mujer, a la embarazada, al discapacitado, al trabajador, a los ancianos que se presentan como nuevos estados sociales, produciéndose –como dice Tobías– un **retorno a los estatus**⁽¹¹⁶⁾, su tratamiento especial se debe a que sus estados ameritan un tratamiento específico, particular y propio en razón de que se trata de débiles jurídicos.

Ello no implica una regulación tangencial a las normas del Código en materia de la teoría del sujeto de derecho; por el contrario, es una normativa paralela compuesta por normas complementarias e integrativas, cuyo fin es reconocer que los estados actuales son categorías o situaciones de protección⁽¹¹⁷⁾ y que si bien se dan diferencias en el trato entre grupos de personas, esta diferenciación no afecta el principio de igualdad ante la ley sino que, a contrario sensu, procura establecer una igualdad real o sustancial incorporando nuevas formas de derechos a la persona, no en cuanto a individuo, sino en cuanto a lo perteneciente a cierto conjunto o grupo de la sociedad⁽¹¹⁸⁾.

(116) TOBIÁS, José W. *Derecho de las Personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 13 y 397 y ss.

(117) *Ibidem*, p. 398.

(118) *Ibidem*, p. 397.

Examinemos algunas normativas esenciales de nuestro medio en lo que a legislación especial se refiere, entre ellas tenemos:

9.4.1. Código de los Niños y Adolescentes⁽¹¹⁹⁾

Regula de manera especial al niño y adolescente.

La edad, el aspecto cronológico de la persona, sus primeros años y hasta que adquiere una madurez promedio, este Código les brinda especial atención.

Considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce (12) años de edad y adolescente desde dicha edad hasta los dieciocho (18) años. Dentro de esta lógica legal, el concebido es un niño y, por tanto, goza de la protección que le otorga la legislación, incluso se ofrece una protección especial a la mujer gestante a efectos de garantizar el desarrollo pleno de la gestación y del concebido⁽¹²⁰⁾.

9.4.2. Ley General de Salud⁽¹²¹⁾

El art. V, en concordancia con el art. 4 de la Constitución, son sujetos de derecho especial en el cuidado de la salud: el discapacitado, el niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono social; en tal sentido, es responsabilidad del Estado velar por bienestar general (entiéndase salud) de estos pacientes especiales que son seres humanos que, dadas sus características físicas o psíquicas, se presentan como grupos vulnerables.

9.4.3. Ley de la persona con discapacidad⁽¹²²⁾

Esta ley tiene la finalidad de establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión

(119) Aprobado por D.L. N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes (DOEP, 07/08/2000).

(120) Otras normas complementan este criterio, por ejemplo, se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto. Reglamento de Seguridad Radiológica, artículo 39 del D.S. N° 009-97-EM, (DOEP, 29/05/1997). VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico peruano*. Fondo Editorial. Universidad de Lima. Lima, 2001, p. 127.

(121) Ley N° 26842 (DOEP, 20/07/1997).

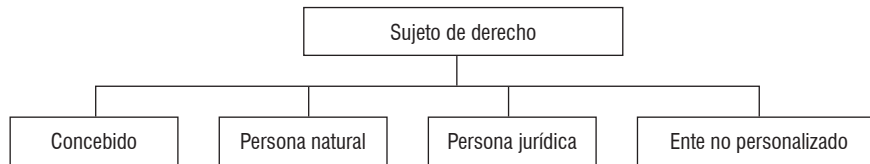
(122) Ley N° 29973 (DOEP, 24/12/2012).

plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica (art. 1).

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (art. 2).

9.5. Taxonomía moderna

Nuestra normativa y dogmática nacional clasifica de forma cuaternaria (por ser cuatro) y manera tradicional al sujeto de derecho de la siguiente manera:



Sin embargo, la teoría del sujeto de derecho ha quedado disminuida frente a nuevos estados biológicos que merecen una protección especial, quizá ser catalogados como un nuevo elenco de sujetos de derechos. Tal es el caso de las células (somáticas y sexuales), el embrión no implantado, el embrión carente de signos vitales que ameriten una vida futura y, aquel embrión que no generará un proceso biológico.

De acuerdo a un estudio doctrinario y casuístico vamos a llegar a establecer que la categorización del sujeto de derecho, compuesta solo por cuatro tipos, ha venido siendo ampliada en la práctica y en las discusiones dogmáticas, frente a aquellas que inflexiblemente han considerado la tradicional clasificación y cuaternaria taxonomía del sujeto de derecho.

No hay unanimidad de criterios en la regulación de los sujetos de derecho en los distintos Códigos Civiles del Derecho comparado. Algunos tratan del concebido como tal, independiente de los demás; otros regulan solamente a la persona natural y dentro de ellas una subcategoría que denominan persona por nacer, o *nasciturus*. Por su parte, hay aquellos que la acompañan con la persona jurídica, mientras que otros que ni la consideran en su regulación. El ente no personificado es reconocido legalmente de acuerdo a cada sistema jurídico, y su tratamiento ha ido *in*

crescendo durante las últimas décadas. Asimismo, hay Códigos que tratan de los denominados seres jurídicos ideales, tal es el caso del *concepturus* (Alemania, Bolivia, Colombia e Italia).

Siendo obvia la falta de uniformidad de criterios normativos sobre la teoría del sujeto de derecho, menos aún en determinar quiénes y cuántos son en realidad es que debe pensarse en el marco teórico acorde con nuestra realidad, así como en un replanteamiento de la institución. De esta forma nos preguntaríamos:

¿Qué será mejor en una norma civil?

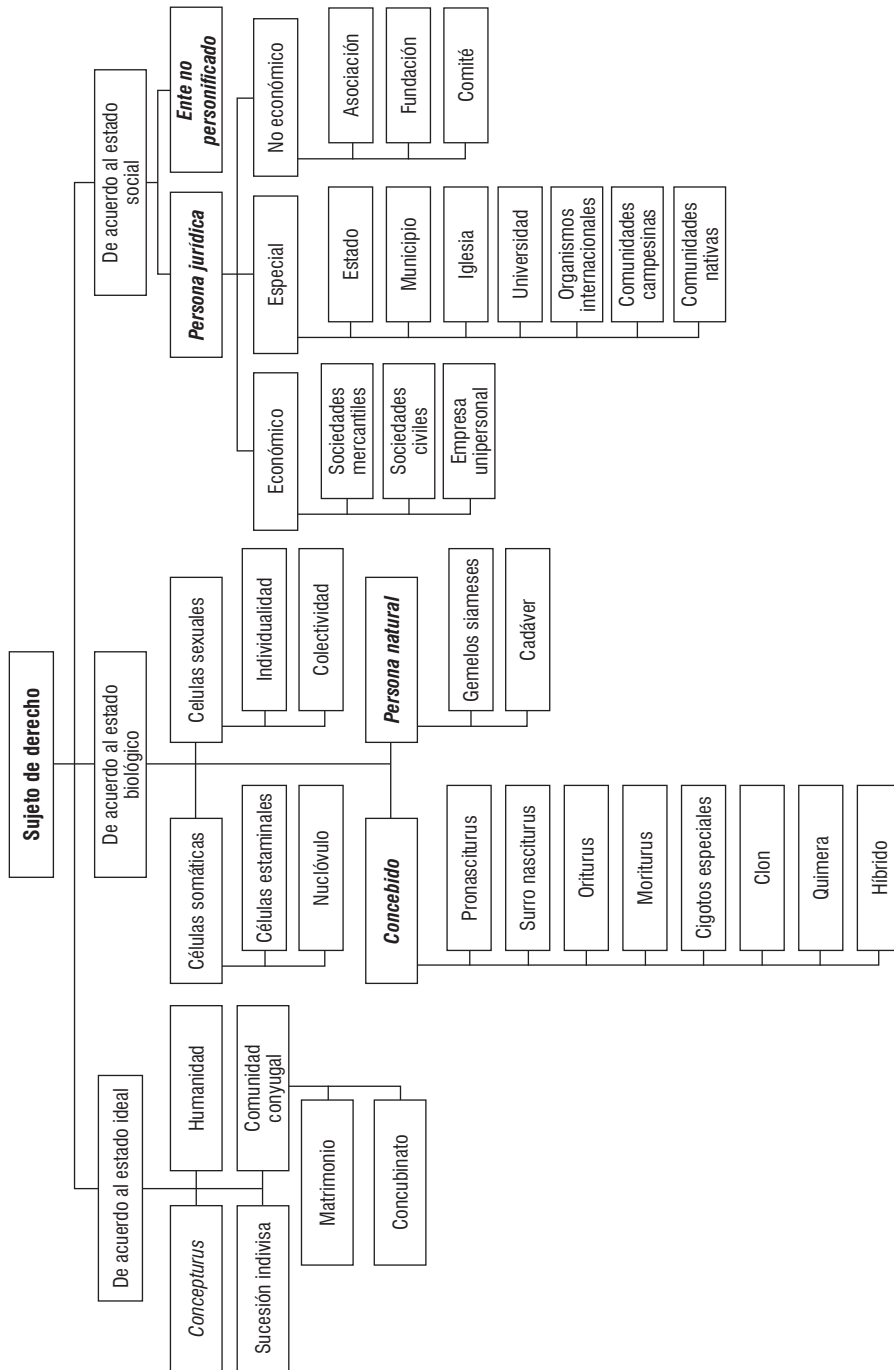
Enumerar los sujetos de derecho a normar o desarrollar una sólida teoría general.

Para aproximarnos a una respuesta partamos de la premisa aceptada universalmente: el Derecho considera la vida en sí misma para preparar sus normas, sus Códigos y que, dado el avance vertiginoso de la sociedad y de la biotecnología, es de indispensable y de urgente necesidad reconocer la variedad de formas de crear vida, de generar contenidos vitales que, de algún modo u otro, exigen la cautela del Derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento es fácil vislumbrar que, fuera de la estructura clásica y tradicional, y no por ello menos real y efectiva, han venido surgiendo otros entes, con casi todas las características del sujeto de derecho, que exigen su enrolamiento a la exclusiva lista de seres jurídicos, es más su afiliación y reconocimiento, como nuevos sujetos, aparte de los cuestionamientos doctrinarios y dogmáticos, parece ser una nueva tendencia hacia la protección de la vida en su actual, verdadera y múltiple dimensión. Pero el tema central es que la visión que se tiene de la vida humana es cada vez es más amplia. Ya no hablamos solo del ser humano para referirnos al ser físico, psíquico y social sino que el Derecho se ha visto en la necesidad de brindar protección al hombre en una dimensión mayor, como género humano, es así que se busca proteger así como el todo también las partes, es decir el continente y el contenido, para referirnos directamente sus elementos, substancias, secuencias, células, etc.

Un diagrama nos puede ilustrar la nueva estructura que el Derecho genético quiere presentar a efectos de brindar una mayor seguridad a la vida humana:

Sujeto de derecho



Veamos, resumidamente, cada uno de ellos:

9.5.1. De acuerdo a un estado ideal

En el Derecho comparado se ha desarrollado, aparte del estado biológico y el social, una tercera situación que está afianzada en un estado ideal que busca ofrecer regulación a los denominados sujetos de derecho ideales.

En este tipo de situaciones, el sujeto de derecho no existe, materialmente hablando, carece de una entidad física visible y palpable, su situación es esencialmente ideal. No tienen rostro ni rastro. Es un estado que se encuentra en la mente, en el pensamiento, deseo y sentir de las personas. No hay una materialidad en el sujeto de derecho sino una idealidad. No es viable ni palpable solo es dimensionable en el valor que le damos en nuestra conceptualización ideal. No obstante ello, la trascendencia de la voluntad de aquellos que quieren darle una vida legal a un deseo o aspiración y la connotación de las relaciones jurídicas generadas ha llevado a que el Derecho haya buscado una regulación especial.

9.5.1.1. *Concepturus*

Es aquel que será, que habrá de ser concebido.

Es parte de la idealización de la persona. El sujeto no existe, física ni biológicamente, pero puede atribuírsele relaciones jurídicas válidas sujetas a determinada modalidad.

El *concepturus* es una institución propia del derecho sucesorio y en la actualidad se ha llegado a zanjar doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho comparado que el mismo tiene vocación sucesoria, *i.e.* derecho a ser heredero o legatario. Tal es el caso contemplado por los Códigos de Alemania, Bolivia, Colombia, Italia y Venezuela.

9.5.1.2. Humanidad

El desarrollo en el área de la biotecnología ha otorgado invalorable beneficios y en muchos casos, también, irreparables perjuicios que repercuten no solo en el ser humano, como sujeto de Derecho individual, sino también en su medio ambiente, en su entorno ecológico así como en sus congéneres; la repercusión es difusa atentando contra la humanidad en general.

Hoc sensu, se protege de manera efectiva a la humanidad y ello se viene logrando bajo la teoría de asumirla como un nuevo tipo de sujeto

de derecho, dado que la misma está esencialmente formada por seres humanos. La protección se da a la especie más que al individuo pero que, indiscutiblemente, le beneficia de manera indirecta dado que se busca conservar la esencia e integralidad de la humanidad.

Ya no se piensa solo en el individuo sino en la colectividad, no en el *homo* sino en el habitat. Es más, este esquema de categorización de la humanidad como sujeto de derecho robustece la teoría del *concepturus* en el sentido de que siendo la humanidad un ser jurídico ideal, entre los que se considera a todos los seres humanos incluso a las generaciones futuras o venideras⁽¹²³⁾, merece una cautela jurídica especial.

Este similar razonamiento se ha venido logrando bajo el principio que el genoma humano es patrimonio de la humanidad y, como tal, merece la más amplia protección⁽¹²⁴⁾.

9.5.2. De acuerdo a un estado biológico

Es un estado material. El sujeto de derecho existe en materia y contexto, siendo mensurable y dimensionable.

9.5.2.1. Células somáticas

Son aquellas que conforman los tejidos y órganos humanos.

Su finalidad es regenerarse a fin de permitir la conservación de la vida. El avance de la ciencia ha permitido que estas células puedan cumplir funciones que no le son propias, como su utilización con fines reproductivos o la readquisición de la totipotencialidad.

Al respecto, debemos mencionar que tales prácticas con este tipo de células se dan generalmente en los casos de clonación, usándose para ello los núcleos de cualquier tipo de células somáticas humanas para fusionarlos con óvulos enucleados igualmente humanos; técnica que, de tener éxito, lograría que a partir del empleo de parte de una célula somática (especializada) se puedan producir, artificial e inducidamente, todas las células que conforman el cuerpo humano, *i.e.* se lograría la vuelta a la indiferenciación de una célula ya diferenciada.

(123) Declaración Universal de los Derechos Humanos de las generaciones futuras (Unesco, 1994), Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales sobre las generaciones futuras (Unesco, 1997).

(124) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, art. 1.

Estas células requieren un tratamiento jurídico especial a fin de evitar su manipulación. Si bien no son vida humana (individual) son elementos humanos y como tales, dignos de protección.

9.5.2.2. Células estaminales

Las células del cuerpo humano cumplen una función especial. Su objetivo está claramente establecido lo que permite diferenciarlas de acuerdo a sus características y finalidades biológicas. Las células, que en grupos forman los órganos, tejidos y otros, tienen una función predeterminada, su estructura y capacidad está preparada para realizar una labor concreta, de allí que se diga que las células son diferenciadas.

Sin embargo, existen células indiferenciadas, *i.e.* que tienen todos los elementos necesarios para generar los diversos órganos o tejidos de un ser humano y podrían –vía inducción especial– generar un ser humano en su integridad, ya que, al no estar diferenciadas, contienen toda la información necesaria para dirigir un desarrollo completo. Estas células potenciales resultan atractivas para la biociencia, pues de ellas pueden extraerse tipos especiales de células (cardíacas, nerviosas, musculares, cerebrales, sanguíneas, cartilaginosas, etc.) y utilizarlas con fines terapéuticos.

Son llamadas células madres, troncales, totipotenciales o primitivas, conociéndoseles en la terminología anglosajona como *stem cells*, vienen representando un debate incontrolable en el ámbito jurídico y ético.

Según su origen, existen tres tipos de estas células estaminales:

A. Células estaminales embrionales

Las células de embriones normalmente son totipotenciales al encontrarse en un estado de preorganogénesis, *i.e.* al no estar definida su función cualquier célula puede dirigir su desarrollo a la obtención de determinado tejido humano. Se les conoce también como células fetales.

Se obtienen mediante los siguientes pasos:

- Producción de embriones o utilización de embriones sobrantes
- Desarrollo embrional hasta la fase de blastocito
- Ablación de su masa celular interna (ICM)
- Cultivo de dichas células

El problema esencial de estos procesos es que producen una vida con la única finalidad que sirva de repuesto. Una vez extraídas el daño que se le ocasiona al embrión es irreparable, a punto tal que lo lleva a una muerte irremediable.

B. Células estaminales adultas

Un tipo de células adultas son capaces de producir determinados tejidos.

Pueden reprogramarse a efectos que generen tejidos especiales a través de técnicas de clonación celular con finalidad de investigación terapéutica.

El objetivo es obtener células madre que estimuladas se convertirán en tejidos (óseo, muscular, nervioso, etc.) sirviendo para el tratamiento de enfermedades (Alzheimer, Parkinson, diabetes y cáncer) y para trasplantes en general.

Se obtienen mediante los siguientes pasos:

- A una célula se le somete a un proceso de enucleación.
- Se desnúclea un óvulo.
- Transnucleación al óvulo del núcleo de la célula que queremos duplicar.

Es así que cuando se introduce el núcleo de una célula diferenciada de un individuo en un óvulo previamente desnucleado la célula resultante (paraclonación) –que no es el resultado de la fecundación (óvulo con espermatozoide)– es susceptible de desarrollarse a continuación como un embrión. Marcelo Palacios la denomina *nuclóvulo*⁽¹²⁵⁾ e indica que teniendo en cuenta el distinto origen biológico del mismo se establecen sutiles diferencias con el embrión.

C. Células estaminales placentarias

Este tipo de células tienen gran capacidad proliferativa y de diferenciación, ubicándose para su clasificación entre las embrionarias y las adultas.

(125) “Una revolución con múltiples posibilidades”. En: *El País Digital*. 17/08/2000, N° 1567.

9.5.2.3. Células sexuales

Este tipo de células son el espermatozoide y el óvulo. Su naturaleza jurídica es la de ser bienes o frutos naturales.

- Bienes, porque tienen una utilidad, pues es la esencia y base de la procreación;
- Fruto, porque son sustancias renovables y natural porque es esencial y parte de la naturaleza.

Se les denomina también, células germinales o gametos. Su valor no es solo individual sino, también, social de allí su necesaria protección. Contienen (al igual que las somáticas) el código genético individual, un genoma que es, por su naturaleza, fácilmente transferido en el momento de la fecundación.

Son fuerzas genéticas cuya finalidad es generar vida. Cuentan con la capacidad de reproducción de la especie humana, por lo que así resultan indisponibles. Como sustancias o secreciones que contienen el germen de la vida destinado a la procreación humana están fuera del comercio. Son protegidas no solo en su **materialidad**, sino principalmente, en su **potencialidad pasiva** (a diferencia del embrión que es protegido por su **potencialidad activa**).

9.5.2.4. Cigotos especiales

Son producto de una pseudofecundación.

Tenemos los siguientes casos: espermatozoide con espermatozoide (huevo masculino), óvulo con óvulo o del óvulo con la espermatogonia (proceso primario del espermatozoide).

9.5.2.5. Clon

El clon es producto de la alta tecnología reproductiva pero no por ello deja de ser un sujeto de derecho.

La clonación es una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos idénticos, tanto biológica como genéticamente, que comparten el mismo genoma. El hecho es que el clon no surge de una fecundación directa, de allí que se discuta acerca de su naturaleza jurídica.

Los tipos de clonación son:

- **Natural**, es producida por el propio organismo viviente. Se da cuando una célula se divide (se fisiona), formando dos ó más embriones. Es el caso de los gemelos univitelinos.
- **Artificial**, es producto de la voluntad del hombre. En este caso la fecundación se realiza de manera asistida, extracorpórea y atípicamente (eutelegenesia), logrando engendrar de forma asexual un ser cuya característica es tener un código genético compartido con su genitor.

A su vez, la clonación artificial se presenta como:

- **Autorreproducción**, tiende a reproducir a un ser humano ya existente. Este proceso consiste en la enucleación de un embrión y sustitución de su núcleo por el de otro embrión o de alguna otra célula.
- **Reproducción gemelar**, busca engendrar individuos genéticamente idénticos entre sí. Este método se basa en seccionar el ovocito fecundado in vitro a fin de obtener embriones iguales.
- **Partenogénesis**, este método permite el desarrollo del ovocito mediante técnicas de estimulación nuclear, sin la presencia de espermatozoides. En este proceso no hay fecundación.

Los casos en los que utiliza, o se ha pensado aplicar la clonación han sido los siguientes:

- **Con fines de investigación:** El cultivo de embriones idénticos, estudio y conocimiento de la célula y avances en la investigación terapéutica.
- **Con fines reproductivos:** Para suplir la infertilidad, creación técnica de gemelos y crioconservación de ovocitos clonados, para permitir a las parejas homosexuales tener descendencia.
- **Con otros fines no reproductivos:** Estudio del desarrollo embrionario, creación de un banco de órganos clónicos para trasplantes, crear vida para salvar otra vida y con fines eugenésicos para mejorar las razas.

9.5.2.6. Quimera

Es el embrión producto de la unión (fusión) de otros embriones.

Su proceso de surgimiento no es propiamente la fecundación directa sino que ha sido generado como consecuencia de la conjunción de dos

o más embriones. Su paternidad es indeterminada puesto que su código genético es un mosaico de líneas generacionales de los progenitores (bipaternidad o multipaternidad) que participaron en la fecundación de los embriones padres.

9.5.2.7. Híbrido

Es el intercambio de material genético de diferentes especies y se le conoce también como transespeciación. Los híbridos, conjuntamente con los procesos de clonación y las quimeras, representan otras de las desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida a través de procesos de manipulación genética.

Un ejemplo sería introducir material genético procedente de monos antropoides en un embrión humano y conseguir así seres híbridos de gran fuerza física y que estarían en la frontera de ambas especies.

Cuál sería la naturaleza, inhumanos, poshumanos, o infrahumanos?

9.5.2.8. Embrión *ex utero*

Llamado *Foetus ex utero*.

El caso del embrión no implantado ha implicado la postulación de diversas opiniones acerca de su naturaleza jurídica, habiéndose argüido que:

- No estando anidado, carece de las condiciones necesarias para permitir el desarrollo del ser humano, de allí que no deba ser considerado jurídicamente aún como vida humana.
- Es un estado biológico que se encuentra paralizado, y como tal no indica ninguna probabilidad de vida.
- Es una vida humana y que, independientemente de la forma como ha sido creada y la espera de su traslado a la pared uterina, merece la protección jurídica como sujeto de derecho.

La situación es clara. Si partimos del criterio general de que la vida humana se inicia con la concepción, desde dicho momento debemos garantizarla. No puede permitirse diferenciaciones acerca de la forma, medio o situación biológica del embrión para atribuirle su categoría natural, ser un sujeto de derecho.

Dado la diversidad de estadios, se propone la terminología siguiente:

- *Nasciturus*, para el embrión *in utero*.

- *Pronasciturus* o *nasciturus extracorporis*, para el embrión *ex utero*, el (caso especial de los crioconservados).
- *Surro nasciturus*, para el embrión transferido a tercera persona (caso de la maternidad subrogada).

9.5.2.9. *Oriturus*

Es aquel embrión que carece de viabilidad, de los elementos biológicos necesarios que le aseguren su desarrollo; su esperanza de vida es incierta. Es un término creado a fin de restringir la naturaleza jurídica de la vida humana, permitiendo la manipulación genética sobre aquellos embriones que no cuentan con las características necesarias, ni suficientes para permitir una vida.

La doctrina se refiere al *oriturus* respecto a aquel embrión o feto que es clínicamente no viable; una potencialidad humana que no tiene posibilidades de desarrollo embriológico, que carece de elementos genéticos suficientes para permitir la continuación y desarrollo de la vida. Concretamente, aquella vida que adolece de una inviabilidad relativa. Puede nacer, sí, pero con deformidades (esperanza de vida defectuosa).

Este término es utilizado en la jurisprudencia constitucional española al referir que: “Solo autoriza la donación y utilización de embriones o fetos que sean clínicamente no viables (*i.e.*, potencialidades humanas que no tienen posibilidad de desarrollo embriológico y, por tanto, no son en estricto sentido *nasciturus*, sino *oriturus*) o estén muertos”⁽¹²⁶⁾.

9.5.2.10. *Moriturus*

Es embrión que carece de signos vitales reales, o tiene tal grado de defecto biogenético que su estado derivará en una muerte inevitable. Adolece de una inviabilidad absoluta, produciéndose un aborto natural y necesario, su esperanza de muerte es cierta. En estos casos estamos frente a un ser humano que solamente espera su deceso, su muerte ante la inaptitud fisiobiológica que adolece, la que se producirá a los pocos momentos de nacer.

(126) STC 212/1996, del 19 de diciembre (Pleno). Recurso de inconstitucionalidad, Núm. 596/1989 referida a la Ley N° 42/1988 sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos”. Ponente: Magistrado don Pedro Cruz Villalón (B.O.E. del 22 de enero de 1997).

Es de indicar que científicamente se producen embriones inviables, que no tienen ninguna condición para llegar a crecer y formarse, so pretexto de justificar experimentaciones. Tal es el caso de embriones creados a través de procesos de poliespermia, es decir, óvulos fecundados por más de un espermatozoide, cuya consecuencia natural será indefectiblemente su aborto, o los embriones anencéfalos (sin cerebro). Estos embriones especiales o productos biológicos (como se les llama médicamente) representan un extraordinario potencial para la biomedicina y las técnicas de trasplantes.

La discusión que se plantea es si es viable su aborto.

9.5.2.11. Gemelos siameses

Es producto de una clonación frustrada. Cuerpos humanos compartidos. Son los gemelos que no terminan separándose.

Determinado que fuera el tipo de siamés debemos preguntarnos si son dos o una persona. Analicemos algunos casos:

- Si son dos cuerpos completos pero que se encuentran unidos y comparten órganos elementales, hablaremos de dos sujetos de derecho.
- Si es un solo cuerpo con dos cabezas, partiendo del análisis existencial de la vida, diremos que serán dos seres humanos, cada quien con su mundo interior.
- Si son dos cuerpos que nacen de una misma cabeza, será un solo ser humano.

El tema es complicado, más aún si para salvar la vida de un siamés debe sacrificarse al otro, sea porque tiene menos esperanza para sobrevivir o sea porque carece de órganos propios. La discusión ya se ha planteado, incluso ha llegado a los estrados judiciales y las decisiones que pueden tomar los padres para llegar a dicho momento no son unánimes.

9.5.2.12. Cadáver

No es exacto que el cadáver sea una nada jurídica: es una cosa y una cosa susceptible de ser objeto de actos jurídicos a la que se vinculan sentimientos muy respetables, según Borda⁽¹²⁷⁾.

(127) BORDA, Guillermo. "El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa". En: *La Ley*. 1981-B, 62.

Su naturaleza varía de acuerdo a los variados autores:

- **Semipersona**, por la protección que se le brinda a su memoria e incolumidad de los restos⁽¹²⁸⁾.
- **Simple objeto de derecho**, en su calidad de ser meros restos mortales (*Caput mortuum*), cosa, *res*.
- **Objeto de derecho especial**, exsujeto o sujeto existido digno de la más amplia protección, respeto y consideración, debe tenerse en cuenta que los procesos biotecnológicos están incursionando sobre este elemento humano de allí que la garantía jurídica sobre el mismo deba ser reconsiderada. No debemos preocuparnos solo por el tema de los actos de libre disposición y los trasplantes de órganos post mórtem, sino que es de necesidad plantearse las hipótesis legales a efectos de regular las experimentaciones genésicas que se vienen produciendo en los cadáveres que son realmente peligrosas para la especie humana.

10. IMPORTANCIA

Ser sujeto es una titularidad⁽¹²⁹⁾.

Implica ser acreedor, tributario, beneficiario de relaciones jurídicas subjetivas. Al tener vida humana el Derecho presta la importancia debida ofreciéndole una cobertura legal en lo referente a su cautela.

Son las facultades y deberes, derechos y obligaciones que entretejidos generan relaciones jurídicas lo que hace surgir al sujeto de derecho. Estas no pueden estar a la deriva, sueltas, ni mucho menos abatiéndose de un lado para el otro como un cabo sin amarre o como una cometa sin hilo. Derechos y obligaciones, facultades y deberes demandan que alguien los posea, que los haga suyos, en definitiva que se los apropie, en sí los sujete. Quien puede hacer todo ello es, única y exclusivamente, el hombre como sujeto de derecho, titular de relaciones jurídicas.

Ser sujeto para el Derecho es ser parte racional y social, capaz de actuar responsablemente bajo la esfera jurídica. Esto quiere decir que ser

(128) Según Demogue, Ob. cit., CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 406.

(129) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 215.

sujeto de derecho no es otra cosa que el aprecio de la vida humana jurídicamente catalogada en el ordenamiento legal. Los sujetos de una relación jurídica precisan de capacidad de tener y ejercer derechos bien como contraer obligaciones, de lo contrario, la **relación** sería nula si el incapaz no estuviera legalmente representado, esto es, investido del poder de actuar en su lugar⁽¹³⁰⁾.

No por orden de importancia sino por un tema de cantidad numérica, tenemos que los sujetos de derechos ocupan el siguiente orden:

1. Persona naturales.
2. Personas jurídicas.
3. Entes no personificados.
4. Concebidos.

11. DIFERENCIAS ENTRE LOS SUJETOS DE DERECHO

Existen ocho características por la que podemos definir, ubicar y diferenciar claramente a los sujetos de derecho.

11.1. Origen

El inicio de un sujeto de derecho, la forma como este surge, es importante para poder ubicarlo dentro de las categorías jurídicas existentes y podamos llegar a establecer los elementos que van a configurar su esencia legal, su **estatus**. Dependiendo del sujeto de derecho el origen puede darse de diversas maneras, sea a través de hechos biológicos como la concepción (concebido) y el nacimiento (persona natural) o, a través de actos jurídicos como la inscripción en el registro (persona jurídica) o la mera y simple voluntad de asociarse (ente no personificado).

11.2. Capacidad

La titularidad de ser merecedor de relaciones jurídicas, así como la aptitud de poder ejercer per se derechos y obligaciones es una de las causas elementales de la estructura de la teoría del sujeto de derecho. Y es

(130) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 142.

que, titularidad y aptitud implican la posibilidad de poder interactuar en la sociedad, sea gozando o ejerciendo sus relaciones.

Cada tipo de sujeto de derecho tendrá su propia capacidad, de acuerdo a sus exigencias y necesidades.

11.3. Naturaleza jurídica

Si bien la teoría del sujeto de derecho es una, cada tipo de sujeto de derecho tiene una naturaleza jurídica propia, autónoma y por demás distinta a la de los demás. Esto no desdice la teoría central, por el contrario solidifica e independiza el género (sujeto de derecho) de la especie (tipos de sujetos de derecho). Tenemos, sujetos de derechos especiales, sujetos de derechos individuales, sujetos de derechos colectivos y un sujeto de derecho dual (responde individualmente pero actúa colectivamente).

11.4. Derechos

El sujeto tiene derechos que le sirven para interactuar socialmente. Como facultades permiten asumir posiciones y merecer el respeto de los demás. Dependiendo de los sujetos, sus derechos se gozan en la medida que sean favorables (concebido), o se les tiene de una forma plena (persona natural) o solo aquellos que se le sean aplicables (persona jurídica o ente no personificado).

11.5. Evolución

El contenido de vida del sujeto de derecho determina que esté en constante evolución y cambios. El hombre se desarrolla, biológica y socialmente, sea por cuestiones naturales o por decisiones personales lo que va marcando sus relaciones sociales. El concebido evoluciona hasta que se produce el nacimiento (salvo las técnicas de crioconservación), la persona natural desde que nace hasta que muere pasa por diversos estadios de vida. Asimismo, la persona jurídica y el ente no personificado van adecuando sus estructuras societarias conforme a sus necesidades.

11.6. Reorganización

En el caso del concebido, depende de su estado biológico que continúe un desarrollo unidimensional o bidimensional, sea fusionándose (unión embrional) o fisionándose (clonación). En el caso de la persona natural se relaciona con su estado civil de familia, sea soltero, casado, divorciado o conviviente. En lo referente a la persona colectiva puede adaptar su estructura a nuevas formas societarias o, simplemente, reorganizarse.

Mientras que en el ente no personifica, este tema va de la mano en continuar como está o formalizarse.

11.7. Inscripción

La inscripción es declarativa para el sujeto de derecho individual. El concebido ni la persona natural lo requieren para su categorización, mientras que en la persona jurídica su inscripción es constitutiva, necesaria para su existencia legal. El ente no personificado, justamente, la carencia de inscripción lo lleva ser categorizado como un ente sin personería independiente.

El concebido no tiene partida de nacimiento, ni DNI, aunque puede ser identificado a través de la madre gestante y atribuírsele derechos, en todo caso una de las formas de registro con los que cuenta lo tendríamos en su historia clínica. Tal es el caso del ente no personificado que, a pesar de ser carente de inscripción, puede contar con un RUC, que lo hace una persona jurídica de hecho.

11.8. Fin

La extinción y acabamiento de un sujeto de derecho, *i.e.* la forma como este deja de existir, es elemental pues deben establecerse jurídicamente sus consecuencias. Para cada tipo de sujeto de derecho, el momento y consecuencias son por demás singulares. Respecto a las formas en que puede producirse el fin de un sujeto de derecho tenemos a través de hechos biológicos, el nacimiento o aborto (concebido), muerte (persona natural) o extinción, previa disolución y liquidación (persona jurídica) y la inscripción (ente no personificado).

Lo mencionado anteriormente se grafica en el siguiente cuadro:

Sujeto de derecho

Diferencias entre los sujetos de derecho								
	Origen	Capacidad	Naturaleza	Derechos	Evolución	Reorganización	Inscripción	Fin
Concebido	Concepción	Incapaz absoluto de ejercicio (curador <i>ad ventram</i>)	Sujeto de derecho especial SUDE	Los favorables	Fecundación, concepción, implantación, desarrollo, parto	Fusionarse Escindirse	Historia clínica	- Aborto - Nacimiento
Persona natural	Nacimiento	Capacidad propia Incapaz (tutor o curador)	Sujeto de derecho individual SUDI	Gama completa	Nacimiento, desarrollo (niñez, adolescencia, juventud, madurez, adultez, ancianidad), muerte	Casarse, convivir o seguir soltero/a	Innecesaria. Es declarativa <i>Ad probationem</i>	- Muerte
Persona jurídica	Inscripción	Capacidad grupal indirecta (representante)	Sujeto de derecho colectivo Sudec	Los aplicables	Voluntad, forma, inscripción, vida corporativa, voluntad de extinción, inscripción	Reorganizarse, transformarse, fusionarse o escindirse	Necesaria. Es constitutiva <i>Ad Solemnitatem</i>	- Disolución - Liquidación - Extinción
Ente no personificado	Voluntad	Capacidad individual Capacidad por pluralidad	Sujeto de derecho colectivo Sudec	Los aplicables	Voluntad, vida corporativa, voluntad de extinción o inscripción	Continuar como está o formalizarse	RUC	Inscripción

12. TEORÍAS APLICABLES AL SUJETO DE DERECHO

Estas teorías buscan graficar cómo un sujeto de derecho puede ir adquiriendo ciertos estados legales, distintos al originario, sea por su evolución propia o por decisión de quienes lo componen, presentando al sujeto de derecho como una teoría viva e interactiva.

12.1. Teoría de la transformación

El sujeto de derecho adquiere un estado diferente, cambia, varía, se altera, pasa a ser otro sujeto de derecho, distinto al originario. De uno a otro. Por ejemplo, el concebido se convierte, luego del nacimiento, en persona natural o el ente no personificado que, luego de la inscripción, pasa a ser persona jurídica.

Queda claro que la persona natural no se transforma en persona jurídica (cuando pasa a ser integrante de esta), la persona natural nunca pierde su calidad, solo cuando muere; a diferencia de los demás sujetos de derechos que sí pueden perder su estatus; v. gr. el concebido cuando nace, la persona jurídica cuando se convierte en irregular o esta última cuando se formaliza.

Esta teoría es aplicable a los sujetos de derechos individuales o colectivos.

La transformación implica cambiar de estado.

12.2. Teoría de la reversión

El sujeto de derecho regresa a su estado originario. Del existente al que anteriormente tuvo. Por ejemplo, un ente no personificado que se inscribe, pasando así a transformarse a persona jurídica pero debido a supuestos normativos (art. 423, LGS⁽¹³¹⁾) por ley pasa a ser nuevamente un ente no personificado, técnicamente una sociedad irregular.

(131) Ley General de Sociedades. "Artículo 423.- Causales de irregularidad. Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular:

1. Transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución;
2. Transcurridos treinta días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que estos hayan solicitado su otorgamiento;
3. Transcurridos más de treinta días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro;

Esta teoría es fácilmente aplicable con los sujetos de derecho colectivos, no así con los individuales (la persona natural no podrá readquirir su calidad de concebido).

La reversión implica readquirir el estado primario.

13. CATEGORIZACIÓN JURÍDICA DE LA EXISTENCIA

La existencia de seres y enseres trascienden en el Derecho. La vida y las cosas en interacción generan consecuencias legales. Al Derecho le interesa la vitalidad y la utilidad, el sujeto y el objeto.

Esto nos lleva establecer la denominada categorización jurídica de la existencia, en la que procedemos a valorar la vida y los objetos desde un plano dimensional normativo, estableciendo un valor a cada estado y cada elemento de vida y para la vida.

Podemos decir que la existencia se categoriza en tres dimensiones:

1. Sujetos
2. Sujetos
3. Objetos

13.1. Sujeto de derecho

En la categorización jurídica de la vida, tenemos:

13.1.1. Sujeto de derecho especial

En su estado gestacional, la vida humana ocupa un primer lugar, en la figura del concebido consagrándolo como un sujeto de derecho especial.

13.1.2. Sujeto de derecho común

Luego viene la persona (natural o jurídica, inscrita o no) como un sujeto de derecho común.

-
4. Transcurridos treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro;
 5. Cuando se ha transformado sin observar las disposiciones de esta ley; o,
 6. Cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto”.

13.1.3. Bienes jurídicamente protegidos

No son cosas ni bienes propiamente dichos. Dentro de ellos tenemos a las células sexuales y a las células *stem*.

13.2. Sujetos

Llamadas *percosas* o *semipersonas*.

Ni tan personas ni tan cosas. Los *sujetos* son menos pero no son más. Son pero no son, ni de más ni de menos. Al no ser –sin ser–, son lo mínimo que pudieran ser.

Sub es un prefijo que implica bajo, debajo o, en su caso, inferior. Esto significa que existen categorías jurídicas inferiores al sujeto de derecho, motivo por el que el Derecho les reconoce una protección debido a que todo aquello que permite la vida en sociedad amerita de una garantía legal más allá de su connotación humana. El parecer de Llambías es que existe una “contradicción en la admisión de una categoría que importa la existencia de sujetos de derecho a medias, por no ser esta calidad susceptible de gradaciones: se es o no se es persona. Lo que admite grado no es la personalidad, sino la capacidad”⁽¹³²⁾.

Esas otras realidades naturales diversas al hombre pueden ser consideradas como categorías inferiores al sujeto derecho, pero por sobre encima de los objetos de derecho, como es el caso de los animales, *nonhuman organisms*, dentro de los cuales debemos diferenciar a:

- Animales inferiores.
- Animales superiores.
- Animales en vías de extinción.

Híbridos (cerdos con sangre humana, ovejas con corazón humano, cabras con hígado humano, ratón con neuronas humanas, ratón con cerebro 100 % humano).

El elemento esencial de una relación jurídica es la persona que se contrapone al objeto en su calidad de sujeto. Sin embargo, la importancia de

(132) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 226.

la posición de los animales y otros organismos humanos o no frente al Derecho nos permiten exponer la posibilidad de los denominados **Subjetos**.

13.3. Objetos

En la categorización jurídica del objeto, tenemos:

13.3.1. Objeto de derecho especial

Es el caso del cadáver (*caro data verminibus*, carne dada a los gusanos). Mal llamado también, dicho sea el caso, persona fallecida.

Es un resto mortal, resto cuasi sacro de la personalidad, digno de la más amplia protección, respeto y piedad; que está fuera del comercio de los hombres (*corpore humane est res extra commercii mancipi*). El cadáver tiene como destino normal y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19).

Existen dos teorías que tratan la naturaleza jurídica del cadáver:

- **Objeto de derecho**, común y simple, en su calidad de ser mero resto mortal⁽¹³³⁾.
- **Objeto de derecho especial**, digno de la más amplia protección, respeto y consideración⁽¹³⁴⁾.

Nos sumamos a esta última, el cadáver es un objeto de derecho especial en razón que tuvo vida, con contenido humano, con otrora vitalidad, como dice Roca i Trías⁽¹³⁵⁾, el cadáver continúa siendo la manifestación de la persona que fue.

(133) “Artículo 4.- Restos mortales de la persona humana. Al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho, se conservan y respetan de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, con las limitaciones establecidas por el donante. Pueden usarse en defensa y cuidado de la salud de otras personas, según lo establecido en la presente Ley”. Ley N° 28189.- Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos. Artículo modificado por la Ley N° 29471, Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos y tejidos humanos (DOEP, 14/12/2009).

(134) El art. 22 del DS. N° 014-88-SA, Reglamento de la antigua legislación de trasplantes, establecía que la persona por el hecho de la muerte la persona se convierte en un objeto de derecho especial digno de respeto y piedad, catalogando al cadáver como un objeto de derecho especial, carente de significado económico patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes a que se refieren la doctrina y la legislación nacional.

(135) ROCA I TRIAS, Encarna. “Cadáver (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada 2011, p. 305.

Por su parte, Malicki⁽¹³⁶⁾ analiza las distintas corrientes de opinión, dividiéndola en dos grupos:

- Teoría de las semipersonas o personalidad residual: El cadáver es persona⁽¹³⁷⁾ o existe una personalidad residual ejercida por sus deudos.
- Teoría de la *res*: El cadáver es una cosa, difiriendo los defensores de dicha tesis el carácter comercial o no del mismo.

Los restos mortales, partiendo siempre de la premisa que, a pesar de que el cadáver no es un ser humano sino un resto físico de él, merece respeto y consideración exclusiva⁽¹³⁸⁾, ello en reconocimiento de la protección “ultraexistencial” del sujeto de derecho⁽¹³⁹⁾.

(136) MALICKI, Anahí S. M. “El cadáver actos dispositivo”. En: *La Ley*. 1985-C, p. 833.

(137) Francesa podrá casarse con su novio muerto: Una francesa, de Niza, se convertirá automáticamente en viuda desde el mismo instante en que se case, gracias a un decreto del presidente Jacques Chirac, que le permite contraer matrimonio con un hombre que murió en septiembre de 2002. El matrimonio póstumo se celebró a pedido de la novia, una francesa de 35 años que vive en Niza. Su novio era un policía que murió en un accidente de tránsito en septiembre de 2002. Para que la boda se concretara tuvo que mediar el presidente de Francia, Jacques Chirac, quien autorizó por decreto la unión. El pedido fue hecho por la novia y de su abogado, Gilbert Collard, un profesional francés conocido a través de los medios por los casos mediáticos que defiende y logró ser autorizado por el Estado francés. La historia con un final poco feliz comenzó en Niza, en septiembre de 2002, cuando el novio volvía de trabajar. El policía –que entonces tenía 28 años– murió en un accidente de tránsito: fue atropellado en su moto por un auto que iba conducido por un hombre que estaba borracho. Su novia, una mujer de 35 años, estaba embarazada. Al día siguiente del accidente, la mujer perdió el embarazo. En octubre del año pasado, el responsable del accidente fue condenado a cinco años de prisión, de los cuales tres eran condicionales, y también debió pagar una indemnización de 4.500 euros. Gilbert Collard, el abogado de la mujer francesa había anunciado que la boda se “celebraría” en la más estricta intimidad. Por una cuestión de respeto, aseguró, tampoco daría su nombre. Pero contó que para la novia la boda póstuma le parecía “de lo más natural”. Ella quería casarse con él “por amor y respeto”, declaró a la agencia ANSA y explicó: “Se debe ir más allá de la muerte”.

(138) Dale Carnegie nos cuenta que en 1876 una banda de falsificadores trató de robar el cadáver de Lincoln. El hijo de Lincoln, Robert, usó los mejores abogados de Chicago para acusar a la banda. Los abogados hicieron todo lo posible pero se vieron en grandes apuros. En esa época, en Illinois, ninguna ley prohibía el robo de un cadáver, lo mejor que pudieron hacer los cotizados abogados fue acusar a los ladrones de haber conspirado para robar un ataúd que valía setenta y cinco dólares. Cfr. CARNEGIE, Dale. *Lincoln, el desconocido*. Sexta edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.

(139) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996, p. 125.

13.3.2. Objeto de derecho

El objeto de derecho es todo aquello concreto o abstracto que carece de vitalidad, que le falta la cualidad de tener vida, siendo material y útil para el hombre.

- **Bienes**

Todo aquello que tiene una medida de valor, que es o puede ser de provecho para el hombre de allí la protección jurídica que se le otorga.

- **Cosas**

Todo aquello que tiene una medida de valor y puede ser materia de derechos reales. En el campo de las relaciones jurídicas y frente a la persona (sujeto) surge la cosa (objeto) cuya propiedad, posesión, transferencia configuran el vínculo real.

Para que una cosa pueda ser objeto de derecho requiere que tenga las siguientes cualidades: economicidad, permutabilidad y limitabilidad⁽¹⁴⁰⁾.

La diferencia entre bien y cosa depende, fundamentalmente, del valor que le otorguen las personas.

Esquematización y resumen

De esta forma tenemos que la categorización jurídica de la existencia se esquematiza de la siguiente manera:

	Categorías	Tipos	Naturaleza
1	Sujeto de derecho especial	Concebido	Sujetos
2	Sujeto de derecho	Persona	
3	Bienes jurídicamente protegidos	Células	Sujetos
4	Objetos de derecho especial	Cadáver	
5	Objetos de derecho	Animales	
6	Bienes	Zapatos	Objetos
7	Cosas	Piedras	

(140) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 200.

13.4. Pseudopersonificaciones

Un caso es especial es el de las **pseudopersonificaciones** o **pseudoatribuciones**, como las denomina de Castro y Bravo⁽¹⁴¹⁾, es el caso de la personificación de objetos, realidades o situaciones, respecto de los que en apariencia se imponen a todos o ciertas personas determinadas obligaciones (el deber de saludar a la bandera no implica que la bandera tenga derechos; el título de Cónsul de Bitinia que Calígula otorgó a su caballo *Incitatus* no implicó realmente que el corcel se arrogue dicho cargo, los honores se rendían a la dignidad consular más que al caballo; así también los ídolos. Es un grave error técnico utilizar el término persona para el objeto punto de referencia de la obligación, la persona es el sujeto, el bien el objeto.

Así, descartaríamos como sujetos de derecho a las entidades místicas o metafísicas, como las almas, santos y efigies.

13.5. Lo foráneo e inimaginable

Si partimos de la hipótesis de la *panspermia* (la vida surge en un lugar y luego se extiende a planetas habitables) no cabe duda que no estamos solos en este Universo; entonces, ¿qué respuesta dará el Derecho el día que aparezcan entre nosotros nuevas formas de vida inteligente?

Extraterrestres con apariencia humana o aquella vida cósmica distinta (alien o xenomorfos), así como criaturas humanoides trashumantes (depredador o yautja) ciborgs, mutantes, seres con cuerpos invulnerables y demás ¿serán sujetos de derecho? O aplicamos la teoría de la viabilidad y al no ser humanos en su forma serán meros objetos de derecho.

Y los robots, tendrán derechos. El *androide* (masculino) o *gyndroide* (femenino).

En el ámbito aduanero norteamericano se distingue el valor impositivo en los juguetes con forma humana de aquellos que no la tienen⁽¹⁴²⁾.

(141) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Civitas, Madrid, 1984, p. 34.

(142) “Los X-Men no son humanos. Cargas fiscales en importaciones”. En: <www.diariojudicial.com.ar> 10/01/2012. El Tribunal de Comercio Internacional de EEUU resolvió que los juguetes de la conocida serie X-Men no cuentan como seres humanos en lo que a importación de juguetes se refiere. Se trata de un litigio que lleva diez años y que remite esencialmente a la carga fiscal sobre los juguetes de este tipo.

El Tribunal de Comercio Internacional de Estados Unidos resolvió que los juguetes de la conocida serie X-Men no cuentan como seres humanos, a la hora de las cargas fiscales, en lo que a importación de juguetes se refiere. La decisión del tribunal estadounidense se da en

Esta es una discusión que corresponderá tener el Derecho con astrobiología y la exobiología.

13.6. Aproximaciones finales

De la esencia de vida a las cosas propiamente dichas, todas y cada una con la protección que les corresponde, debiendo evaluarse cuál de todas es la que merece un trato especial por el Derecho.

Lineando este estilo tenemos a Eduardo Barcesat⁽¹⁴³⁾, quien presenta un interesante ensayo en el que se pregunta ¿cuál es el sujeto del derecho en el mundo normativo hegemonizado por la figura celular de los derechos subjetivos? Si es, realmente, el ser humano “o si inficiona este extenso conjunto normativo un fuerte componente fetichístico que lleva a que las cosas, las materiales susceptibles de portar valor [los bienes] (...) se configuran como el verdadero centro de la regulación normativa, instituyendo, así, al orden jurídico positivo, como un ordenamiento del tránsito y custodia patrimonial, cuyo real sujeto no es el ser humano, sino el patrimonio”. En este contexto, a través de una análisis kelseniano, considera que “el sujeto del derecho, la persona jurídica, es el patrimonio, y que el orden jurídico positivo es, fundamentalmente, una regulación del tránsito patrimonial, de cómo se adquiere y transmiten los derechos sobre las cosas” pero llega a una contundente conclusión al proponer la necesidad de “instalar al ser humano como real sujeto del derecho, contemplando tanto sus necesidades como sus intereses”.

Esto nos permite conocer que nuestra teoría general sobre el sujeto de derecho, no debe ceñirse taxativamente a la ley sino en una interpretación correcta del caso concreto, con fundamentos válidos y coherentes,

el marco de un litigio iniciado por la empresa Toy Biz diez años atrás. En aquel momento la empresa importaba juguetes de los mutantes desde China y se dio cuenta de que tenían una carga fiscal más alta que otros. Lo que pasa es que los aranceles y tarifas relacionados con figuras que representen “seres humanos, partes de estos o sus accesorios” son más altos que el resto de los juguetes, y eso fue lo que cuestionaba la empresa. El fallo al que arribó el tribunal estadounidense engloba una serie de casos judiciales donde la empresa argumentó que los X-Men, así como otros personajes de Marvel –como Spider Man, Hulk o los Cuatro Fantásticos– no son humanos sino otra cosa: meta-humanos, mutantes, alienígenas. Por lo que para la empresa al no representar personajes humanos sino “mutantes” sus juguetes deberían tener aranceles más bajos. Tras diez años de proceso, sin embargo, la empresa se convirtió en una división de Mattel, y ahora es Hasbro quien posee la licencia para la mayoría de los juguetes de Marvel. Asimismo, la distinción entre muñecos que representan humanos y otros que no, en lo que al arancelamiento de juguetes refiere, forma parte de un sistema de tarifas ya extinta.

(143) BARCESAT, Eduardo S. “El sujeto del derecho: ¿el ser humano o el patrimonio?”. En: *Suplemento Actualidad, Revista La Ley*. 02/07/2009, p. 1.

lo que serviría para ampliar nuestra concepción a nivel doctrinal como jurisprudencial.

14. DERECHOS SIN SUJETOS

14.1. Introducción

Tradicionalmente se asoció al ser humano la necesidad de una norma jurídica que lo reconozca, que lo ubique en un lugar, concediéndole titularidad de derechos y deberes en el contexto de las relaciones jurídicas. De esa manera, toda persona –catalogada legalmente como sujeto de derecho– posee un conjunto de facultades inherentes a él. La vida en sociedad exige de derechos para la realización de los valores y corresponden al ser inseparablemente, por su existencia, para facilitar la vida de relación, ese estarse socialmente del hombre con sus congéneres.

Sujeto y derechos representan dos caras de una misma moneda. Frente a un derecho hay un sujeto. El sujeto es el continente y los derechos su contenido, de allí que sea discutible la existencia de unos sin otros.

14.2. Posiciones

Existen dos posiciones sobre el particular:

- **A favor**

Bernhard Windscheid⁽¹⁴⁴⁾ va en la línea de la existencia de derechos sin sujetos.

Obnubilación del sujeto de derecho. Da Mota Pinto⁽¹⁴⁵⁾ nos da un ilustrativo y típico caso en el que pueden existir derechos sin sujeto, por ejemplo el abandono de un título al portador (una entrada al cine, el vale para una cena). En este caso el vale, el *ticket*, el comprobante reconoce un derecho pero no a quien se va a beneficiar con el mismo. En estos casos se produce una suerte de relación jurídica imperfecta al no existir un sujeto de poder ni otro de obligación (objeto sin sujeto), lo que se denomina como *obnubilção do sujeito*⁽¹⁴⁶⁾, tesis planteada también por Paulo

(144) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 197.

(145) *Ibidem*, p. 196.

(146) *Ibidem*, p. 198.

Cunha⁽¹⁴⁷⁾, algo así como un estado de alertamiento del sujeto de derecho en que finalmente debe aparecer un titular que lo reclame.

Según Albaladejo⁽¹⁴⁸⁾, normalmente todo derecho tiene en cada momento un titular concreto; sin embargo, se admite que el titular pueda faltar transitoriamente, o no estar determinado de forma definitiva, como es el caso que fallecido el causante, los presuntos sucesores aún no hayan aceptado la herencia, en la que se da una situación de pendencia o interinidad respecto al ejercicio del derecho.

En nuestro medio, Ángel Gustavo Cornejo⁽¹⁴⁹⁾ manifestaba que el sujeto del derecho puede estar indeterminado pero ha de ser determinable (herencia yacente). En este contexto, a criterio de Orgaz⁽¹⁵⁰⁾, es claro comprender que en algunos casos lo que falta **momentáneamente** es un sujeto determinado o individualizado.

- **En contra**

Según Domínguez Martínez⁽¹⁵¹⁾ los derechos no existen sin sujeto sino para el sujeto.

Lôbo⁽¹⁵²⁾ fortalece esta posición considerando que no hay derechos sin sujetos, pues todo derecho es de alguien; en la misma posición Cifuentes considera que “no puede haber derechos en el aire atribuibles a nadie”⁽¹⁵³⁾, ya que estos son indispensablemente de los seres humanos. Lehmann⁽¹⁵⁴⁾ niega la posibilidad lógica de derechos sin sujeto, se trata de un absurdo lógico, dado que el poder, en que el derecho subjetivo se traduce, tiene que pertenecer a alguien, similarmente. Todo poder implica, necesariamente, un titular; todo deber presupone un soporte.

(147) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 343.

(148) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. II. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 44.

(149) CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo I. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937, p. 121.

(150) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, p. 5, nota 6.

(151) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*. Porrúa, México, 1994, p. 124.

(152) LÔBO, Paulo. *Parte general (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 106.

(153) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 409.

(154) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 197.

De todos los autores, Orgaz⁽¹⁵⁵⁾ es quien lidera esta posición considerando que la idea de un derecho sin sujeto es, en sí misma, contradictoria, como lo sería la de un sujeto sin derechos, *i.e* sin aptitud para tener derechos: esto importaría la negación del sujeto, como aquello que entraña la negación del derecho; no pueden haber sujetos vacíos ni derechos sueltos, sujetos y derechos no son realidades aisladas. Contradictoria, según su parecer es, también, para Díez-Picazo y Gullón⁽¹⁵⁶⁾.

La discusión sobre la existencia de derechos sin sujeto es muy extendida, sin embargo consideramos que sí es posible encontrar facultades sin haber sujeto de derecho. Por regla especial, digamos excepcional, pueden existir derechos sin sujetos beneficiarios, acreencias morales sin entes físicos.

14.3. Tipología

La situación se presenta justamente por existir situaciones jurídicas que exigen protección, defensa y cautela del Derecho. La realidad de los hechos es no son propiamente **sujetos** a quienes se le van a adjudicar derechos sino **entelequias** que le corresponden la atribución de relaciones jurídicas.

No hay un criterio unánime en el Derecho sobre las situaciones en las que se configuran derechos sin sujetos, entre estos algunos casos que tenemos:

14.3.1. Concebido

En algunas legislaciones el concebido no es un sujeto de derecho autónomo sino a **contrario sensu** asume los derechos derivados de la madre. No siendo **un sujeto en sí sino un sujeto a través de otro** disminuye su presencia en la teoría del sujeto de derecho. Sin embargo, esta posición romanista ha sido superada pues genéticamente el concebido es independiente de la madre.

14.3.2. Herencia yacente

También llamada sucesión indivisa, *hereditas nondum adita*, *hereditas iacens* o herencia en estado de yacencia.

(155) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961, p. 5, nota 6.

(156) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 235 y 236.

Es aquella en la que existe un conjunto de bienes, una masa hereditaria, que ha de corresponder a los herederos cuando sean declarados. En tanto, el peculio hereditario requiere de la afectación del Derecho de allí la connotación legal. Ángel Gustavo Cornejo cita el caso de la herencia yacente como uno típico en el que existen derechos sin sujetos, y decía “en ciertos casos, como la herencia yacente, no es conocido el titular del derecho; pero esto solo prueba que el derecho es independiente del sujeto y que se puede suspender la eficacia activa del derecho, pero continua subsistente su eficacia pasiva; y por eso el heredero que toma la herencia yacente es considerado titular **ab initio** del derecho que había estado en suspenso en el tiempo intermedio entre la muerte del causante y su aceptación”⁽¹⁵⁷⁾.

Existe bienes pero sus titulares están por determinarse, derechos sin sujetos o, en todo caso sujetos indeterminados. Y es que el momento de la apertura la sucesión y la aceptación hay un tiempo, más o menos largo, en que las relaciones jurídicas del fallecido no tienen titular, periodo durante el cual se da el fenómeno que Paulo Cunha⁽¹⁵⁸⁾ denomina de *obnubilção do sujeito de direito*, que es el caso específico de la herencia yacente⁽¹⁵⁹⁾.

Según Díez-Picazo y Gullón “el patrimonio hereditario se tutela en sí y por sí, independientemente de su enlace actual con un sujeto determinado, es la propia ley, quien tiene interés en la conservación de la unidad y homogeneidad del patrimonio hereditario sin hacer condición **sine qua non** de la existencia de un derecho que esté atribuido actual e inmediatamente a un sujeto”⁽¹⁶⁰⁾.

El sujeto puede sustituirse por un fin determinado. La dogmática del patrimonio de destino se funda tradicionalmente en el *ius postlimini* del Derecho Romano, que consideraba que el prisionero de guerra perdía la capacidad jurídica, recobrándolo recién cuando este obtenía la libertad dinámica. La herencia yacente presupone la falta de un titular actual del patrimonio hereditario, el cual subsiste como un agregado autónomo

(157) CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo I. Librería e Imprenta Gil S.A. Lima, 1937, p. 121.

(158) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2007, p. 343.

(159) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 1330/06.3TBTNV-A.C1, 02/02/2010. <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/8bc1e451f56a88ff802576d200588953?OpenDocument>>, 05/10/2013.

(160) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. 5ª edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 526.

(patrimonio de afectación) destinado a los herederos, que se soluciona con el efecto retroactivo de la aceptación⁽¹⁶¹⁾.

El fin práctico que se persigue con la herencia yacente es proveer a la conservación y administración de los bienes hereditarios durante el tiempo en que se resuelve la incorporación definitiva del patrimonio a la persona llamada a la herencia, en beneficio no solo de esta, sino también de los acreedores, legatarios y cualesquiera que puedan tener un derecho realizable sobre el patrimonio hereditario⁽¹⁶²⁾.

14.3.3. Cadáver

A pesar que la muerte quede comprobada y se hable de cadáver existe cierta continuidad de la persona a través de sus obras, bienes y relaciones jurídicas. Siguen teniendo presencia, social y legal; de esta manera derechos como el honor, buena reputación, nombre, intimidad, entre algunos se mantienen. Otros, por el contrario, surgen con el deceso de la persona como es el caso del derecho que se cumpla su última voluntad, los actos de disposición corporal post mórtem. Tal como se adquieren algunos derechos otros perduran y hasta se adquieren nuevos. Cifuentes manifiesta que “la jurisprudencia ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre cosas y sujetos de derecho, acudiendo, en cambio, a los principios generales del derecho”⁽¹⁶³⁾.

Tobías⁽¹⁶⁴⁾ trata el tema de los muertos como sujetos de derecho y nos dice que las normas que protegen a los cadáveres o los sepulcros, aquellas que permiten la rehabilitación del condenado a muerte mediante la revisión de la sentencia, la trasmisión a los herederos de la legitimidad de acción o de continuación de los procesos, la defensa de ciertos derechos (intimidad, voz, imagen, honor, nombre, autor) han dado sustento para que en otros países se hable de la existencia de una **semipersonalidad del**

(161) TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “¿Derechos sin sujeto? A propósito de la herencia yacente: Análisis en torno a su administración como parte subjetiva en la relación jurídica procesal y el conflicto de legitimidades entre Curador vs. Albacea (...)”. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. Lima. N° 30, Año IX, 2012, p. 14. Ponencia ganadora del primer lugar en el I Congreso Internacional y VIII Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil (Huánuco).

(162) HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Dolores. *La herencia yacente*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1995, p. 63.

(163) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 409.

(164) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 8012 y 813.

difunto o de un resto de derechos extrapatrimoniales que homenajea a una existencia anterior.

Estos casos deben mirarse objetivamente. **Se es o no se es persona.** No puede admitirse gradualidades, tipos, clases de personas dependiendo de la vitalidad o mortalidad.

14.3.4. Sociedad conyugal

Con base en la protección de la familia, y reglando el régimen económico y social de la misma, se consideran a los cónyuges como una sola persona, de allí el término conyungir que significa unir. Representa ser uno para la teoría del parentesco (afinidad) y para el régimen patrimonial de la familia (sociedad de gananciales).

14.3.5. Animales

Peter Singer⁽¹⁶⁵⁾, sustentado en el pensamiento utilitarista de Jeremy Bentham⁽¹⁶⁶⁾ y Gary Francione⁽¹⁶⁷⁾, es el máximo referente en materia de defensa de los derechos de los animales. Combate el especismo o especieísmo (discriminación basada en la diferencia de especie animal) y promueven el veganismo (descartar toda forma de explotación y crueldad al reino animal, reverenciando la vida).

Tobías⁽¹⁶⁸⁾ considera que los animales son **objetos del derecho de propiedad y no sujetos del derecho**, tendiendo a considerarlos como medios o instrumentos ordenados a la satisfacción de intereses humanos. Para Lorenzetti es básico otorgar un estatus especial al protegerse ciertas especies en extinción⁽¹⁶⁹⁾. Como seres de la naturaleza animados, a criterio de Benjamín⁽¹⁷⁰⁾, los animales merecen un estatus jurídico propio, no necesariamente como sujetos, ni como simple *res* objeto de derecho.

(165) SINGER, Peter. *Animal Liberation. A New Ethics for our Treatment of Animals*. New York Review / Random House, New York, 1975; Cape, London, 1976; Avon, New York, 1977; Paladin, London, 1977; Thorsons, London, 1983. Harper Perennial Modern Classics, New York, 2009.

(166) Pensador inglés, padre del utilitarismo (Houndsditch, 1748 - Londres, 1832), *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789).

(167) FRANCIONE Gary. *Animals, Property and the Law*. Philadelphia, Temple University Press, 1995.

(168) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 8.

(169) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Coedición Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grijley, Lima, 2006, p. 124.

(170) BENJAMÍN, Antonio Hernán. “¿Derechos de la naturaleza?”. En: *Obligaciones y contrato*

Con un criterio intermedio Oslé⁽¹⁷¹⁾ plantea que los animales no son nomóforos (portadores de derechos en mérito a la dignidad) pero pueden y deben ser considerados una categoría distinta de las cosas en la medida en que no siendo libres ni responsables no pueden ser jurídicamente equiparados a las personas proponiendo, en su línea, un *ius tertius*, una suerte de *Animal Law* pero no a un *Animal Rights*⁽¹⁷²⁾. A esta posición intermedia –ni uno ni otro– João Batista Villela⁽¹⁷³⁾ la tilda como un típico caso de *tertium non datur* (principio de tercio excluido, toda proposición es verdadera o falsa, no hay nada intermedio, en todo caso una de ellas es necesariamente falsa) que no ofrece una solución eficaz y que, a contrario sensu resulta indispensable saber qué son jurídicamente los animales para reconocerles una dignidad y garantizarles un tratamiento justo.

Los animales vienen humanizándose o, al menos, desanimalizándose⁽¹⁷⁴⁾ siendo categorizados en algunos casos como **unidades personales**

en los albores del siglo XXI, Libro homenaje al profesor Doctor Roberto M. López Cabana. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 35 y 36.

(171) DOMINGO OSLE, Rafael. *Hacia un Derecho global*. 3ª edición rev. y aum., Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2009, p. 192.

(172) *Ibidem*, p. 195.

(173) VILLELA, João Batista. “Bichos. Uma outra revolução é possível”. En: *Revista del Rey Jurídica*. Año 8, Nº 16, Sem. 2006, pp. 12 y 13, Brasil BH - MG, p. 13.

(174) Interesante es el caso del chimpancé Hiasl secuestrado de la selva de Sierra Leona (África) para ser vendido a un laboratorio. En 2006 problemas económicos llevaron al borde de la quiebra a su refugio. Desde entonces la situación Hiasl fue incierta. Su cuidado costaba 10 mil euros mensuales. A finales de 2006 la organización animalista VGT recibió una donación condicionada a que sea administrada en nombre y beneficio de Hiasl por un tutor legal. A partir de entonces la VGT trabajó, con el apoyo del Proyecto Gran Simio, a fin que a Hiasl se le reconozca el derecho a tener un tutor, un representante legal, de manera que sus intereses sean tenidos en cuenta y no pueda ser considerado como una propiedad que puede pasar de unas manos a otras. En 2007, se iniciaron acciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que sea considerado declarado persona. El sustento fue que: (i) de acuerdo con la ley austriaca, todos los miembros de la familia homo son personas y los chimpancés pertenecen a esta familia desde 1997, y; (ii) se mantiene que la definición de persona significa que, biológicamente, se posea una “teoría de mente”, cosa que los chimpancés poseen. La petición argumenta que tanto la ley austriaca, como diversas declaraciones de los derechos humanos, consideran que son personas todos los “miembros de la familia humana” y, desde el punto de vista científico, esto abarca a toda la familia Hominidae. Además, la gran proximidad genética, comportamental y cognitiva entre el homo sapiens y el chimpancé hacen que cada vez cobre más fuerza la opinión científica que los chimpancés deben ser considerados miembros del género homo. Ninguno de los jueces austriacos en sus sentencias consideró que Hiasl no es persona por lo que deja abierta esta posibilidad, y deja con ello al descubierto, las poderosas razones de duda a favor del chimpancé. Este caso generó tanta polémica que opiniones autorizadas, como Morris Goodman (Wayne State University de Detroit) propone se incluya a los chimpancés en el mismo género que el nuestro; o sea, que pasen de llamarse *pan troglodytes a homo troglodytes* y así tener el mismo género que nosotros los (homo sapiens), es decir en el mismo *genus* del hombre (especies similares) <<http://www.vgt.at/publikationen/>

extrahumanas, a criterio de Orgaz⁽¹⁷⁵⁾ o como seres vivos dotados de sensibilidad (*êtres vivants et sensible*), seres sensibles. Son considerados como objetos de derecho, con derechos que, para poder llevarlos a cabo y responder por sus acciones, necesitan de un dueño. Según Tobías “sin ser sujetos de derechos ni poder ser titular de derechos subjetivos, los animales –como todo ser viviente y toda la creación– deben ser respetados: pero ello es consecuencia de deberes impuestos a las personas fundados en razones vinculadas con intereses propiamente de ellas”⁽¹⁷⁶⁾. En esta línea, el artículo 1979 del Código gira en torno a la temática de la responsabilidad por daño causado por animal indicando que “el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero”.

La nueva tendencia internacional considera que los animales requieren de una protección para tener una mejor calidad de vida. Es así que la ONU y la Unesco han aprobado los Derechos Internacionales de los animales a través de la Declaración Universal de los derechos del animal⁽¹⁷⁷⁾, en la que se recalca la igualdad entre los animales y ciertos derechos como el derecho al respeto, a la atención, cuidados y protección por parte del ser humano, a la libertad de los animales salvajes, etc. Este reconocimiento hace referencia a casos específicos sobre los diferentes roles que puede adoptar un animal, sea de compañía, de trabajo, de crianza o para alimentación, etc.

En distintos países se van adoptando medidas para modificar el estatuto de los animales. Por ejemplo, en Suiza, el Consejo Federal helvético, a partir de 2003, viene dictando normas por un mejor estatuto jurídico para los animales. Las modificaciones legislativas en el Código Civil suizo parten del principio general que los animales no son cosas y no pueden

texte/artikel/20080118Hiasl.htm> (marzo 2013).

Así también tenemos en Brasil, “Não por seus dotes de beleza, mas sim por serem inteligentes, os chipanzés vêm sendo objeto de ações judiciais que pretendem ver-lhes reconhecida a condição de sujeitos de direitos, inclusive com proteção através de Habeas Corpus (v.g., TJ-RJ, 2ª Câmara Criminal, HC 0002637-70.2010.8.19.0000)”. PASSOS DE FREITAS, Vladimir. “Como o feio e o bonito interferem na decisão judicial”. En: <www.conjur.com.br>, 30/12/2013.

(175) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946, p. 23, nota 36. Al referirse a los animales poseídos por espíritus humanos malvados.

(176) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 9.

(177) Adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1977, que la proclamó al año siguiente. Posteriormente, fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco).

ser tratados jurídicamente como tales. Parte de esta tesis confiere a los animales la posibilidad de ser beneficiarios de disposiciones testamentarias (legatarios⁽¹⁷⁸⁾). Conociendo estas situaciones los Códigos de Alemania (90), Suiza (641 a) y Austria (285 a) descodifican a los animales estableciendo que están protegidos por leyes especiales siendo de aplicación.

Los animales son cada vez más parte de la vida del hombre⁽¹⁷⁹⁾, incluso las mascotas pueden considerarse como miembros de la familia⁽¹⁸⁰⁾. Animales condenados, herederos, matrimoniados o beneficiados de una guarda, tenencia y régimen de visitas existen, hoy en día, en nuestro mundo globalizado.

Los animales para los Derechos reales son bienes semovientes (del latín *se movens*, que se mueve a sí mismo, en inglés *livestock*). Se trataría de un tipo de bien mueble y está relacionado exclusivamente con el ganado respecto de los cuales pueden realizarse transacciones económicas (venta, comercialización reproductiva). Pero, las mascotas son algo más que un animal –carecen de utilidad y se les brinda afecto–, no son propiamente un bien y se integran en comunidades humanas como parte de ellas.

En nuestro medio, ya Olazabal⁽¹⁸¹⁾, consideraba que si bien el Derecho extiende su amparo a los animales no lo hace porque estos tengan derecho a gozar de las prerrogativas que otorga la norma objetiva, sino porque con esa protección se exalta la moralidad social, avivando la sensibilidad humana hacia la exquisitez de sus sentimientos, sancionando a

(178) En Nueva York, *Trouble*, un perro maltés, heredó 12 millones de dólares de su dueña Leona Hemsley. Otro caso, al respecto, es *Tinker*, un gato callejero que heredó una gran casa en el norte de Londres y un fondo de 157 mil dólares dejados por una viuda que lo había adoptado. *Tinker*, que tenía unos ocho años, se acercó a Margaret Layne (89 años) poco antes de su fallecimiento en el 2002. El testamento de Layne menciona que su heredero puede quedarse en la casa de 500 mil dólares en Harrow hasta que muera. La viuda no tenía hijos.

(179) Noticias curiosas nos informan de matrimonio de cerdos (*El Comercio*, 24/02/2006), de un perro es casado con niña (*El Comercio*, 16/07/2000), mujer se casa con delfín (*El Comercio*, 11/01/2006), Mujer se casa con serpiente boa (*El Comercio*, 3/06/2006), etc. A pesar que los animales son considerados objetos de derecho especial, en Castilla (ciudad en la que existe un ordenamiento civil y uno eclesiástico) hace muchísimos años se inició un proceso contra la langosta, acusándola de causar severos daños a los cultivos. Esta denuncia, se basó en un antiguo dispositivo que sostenía que, a pesar de que no poseían obligaciones, podía juzgárseles penalmente por un hecho, como por ejemplo, un asno que cause la muerte de un individuo. <<http://www.fortunecity.es>>, agosto de 2012.

(180) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 119 y ss.

(181) OLAZABAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961, p. 187.

aquellos que maltratan a los animales. Los animales ameritan un tratamiento legal especial, evitando los tratos crueles y garantizándoles una calidad de vida⁽¹⁸²⁾. Por su parte, los animales de vías de extinción y la fauna silvestre cuentan con leyes eficaces en su conservación.

14.3.6. Plantas

Las plantas no son sujetos de derecho, sin embargo se habla de los derechos de las plantas y del llamado Derecho ecológico, siendo necesario proteger a la naturaleza al constituir el medio de desarrollo del ser humano, donde logra autorrealizarse y sobrevivir, el denominada hábitat.

Se han creado medidas de protección a la naturaleza como por ejemplo la propuesta Declaración Universal de los Derechos del Vegetal y de la Declaración Universal de los derechos de las plantas. En esta última se argumenta que, al igual que los animales, las plantas tienen derechos y se les deben respetar, cuidar y no acortar el periodo de vida. Es así que en aras de preservar un medio ambiente saludable se ha iniciado una política ecológica que pretende concienciar a la población sobre la importancia de la conservación de la naturaleza y de las áreas verdes en las ciudades.

Una expresión de ello son las restricciones en el campo de la construcción en cuanto al ratio que debe haber entre área construida y área verde. Asimismo, en el campo de la educación se ha reformado el programa de estudios de educación cívica y de urbanismos integrando el tema de la comunidad biótica que pretende brindar una formación de integración entre el hombre y su entorno natural. El Estado formula nuevas leyes a través de las cuales brinda su protección al medio ambiente. Un ejemplo de esto son las reservas y parques nacionales, como también las leyes municipales que prohíben la manipulación de los árboles en la vía pública.

14.4. Aproximaciones finales

Compartimos el criterio de Da Mota Pinto, que no son casos de permanente inexistencia de un sujeto, son situaciones provisorias, durante las cuales la relación se mantiene de una forma imperfecta o con una indeterminación transitoria del titular⁽¹⁸³⁾.

(182) Las normas vigentes en nuestro medio son la Ley N° 27265, Ley de protección de animales domésticos o animales silvestres mantenidos en cautiverio, y la Ley N° 27596, Ley que regula el régimen jurídico de canes (art. 5. De los derechos de los canes).

(183) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 197.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. II, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: Parte preliminar y parte general*. Tomo I, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964.
- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- BARCESAT, Eduardo S. “El sujeto del derecho: ¿el ser humano o el patrimonio? en: Suplemento Actualidad”. En: *Revista La Ley*. 02/07/2009.
- BENJAMÍN, Antonio Hernán. “¿Derechos de la naturaleza?”. En: *Obligaciones y contrato en los albores del siglo XXI, Libro homenaje al profesor Doctor Roberto M. López Cabana*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BONNECASE, Julien. *Elementos del Derecho Civil*. Tomo I, José M. Cajica, Puebla, 1945.
- BORDA, Guillermo A. “El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa”. En: *La Ley*. 1981-B, 62.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil Parte General*. 21ª edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 4ª edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires, agosto 1980.
- CARNEGIE, Dale. *Lincoln, el desconocido*. 6ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999.

- CIFUENTES, Santos *Derechos personalísimos*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937.
- CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo I. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937.
- CORNU, Gérard. *Droit civil: Introduction au Droit*. 13ª edición, Montchrestien, París, 2007.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- DOMINGO OSLE, Rafael. *Hacia un Derecho global*. 3ª edición rev. y aum., Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2009.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte General. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*. Porrúa, México, 1994.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, setiembre de 2011.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, Motivensa, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999.
- FRANCIONE. Gary. *Animals, Property and the Law*. Philadelphia, Temple University Press, 1995.
- FROSSINI. “Il soggetto del Diritto como situazione giurudica”. En: *Rivista di Diritto civile I*. 1969. Ob. cit., FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2004.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Dolores. *La herencia yacente*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- KRASNOW, Adriana. “Comienzo de la existencia de la persona”. En: <www.laleyonline.com.ar> (01/05/2013).
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Parte General y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Imprenta UNMSM, Lima, enero de 1973.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LÔBO, Paulo. *Parte general (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2009.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Coedición Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grijley, Lima, 2006.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I, 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- MAGNI, Césare. “Sogetto e persona nel Diritto”. En: *Studi in onore de Vincenzo del Giudice*. Milán, 1953.
- MALICKI, Anahí S. M. “El cadáver actos dispositivo”. En: *La Ley*. 1985-C.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas, 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I, 1ª edición Campinas, Bookseller, 1999.
- MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- MONGE, Luz. “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego. Tomo II, Idemsa, Lima, 2010.
- MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1, Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- OLAZABAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1946.

- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961.
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir. “Como o feio e o bonito interferem na decisão judicial”. En: <www.conjur.com.br> 30/12/2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “La persona en el Esbozo de Teixeira de Freitas”. En: *Observatorio de Derecho Civil*. Vol. IV, La Persona, Motivensa, Lima.
- SALAZAR BONDY, Augusto. *Breve vocabulario filosófico*. 2ª edición, Ed. Arica, Lima, 1971.
- SINGER, Peter. *Animal Liberation. A New Ethics for our Treatment of Animals*. New York Review / Random House, New York, 1975; Cape, London, 1976; Avon, New York, 1977; Paladin, London, 1977; Thorsons, London, 1983. Harper Perennial Modern Classics, New York, 2009.
- SOLER, Sebastián. *Ley, historia y libertad*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1943.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil, Esboço*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, Río de Janeiro, 1952.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “¿Derechos sin sujeto? A propósito de la herencia yacente: Análisis en torno a su administración como parte subjetiva en la relación jurídica procesal y el conflicto de legitimidades entre Curador vs. Albacea”. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. N° 30. Año IX, Lima, 2012, Ponencia ganadora del primer lugar en el I Congreso Internacional y VIII Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil (Huánuco).
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011.

- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. Fondo Editorial. Universidad de Lima. Lima, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Tomo I, Grijley, Lima, 1996.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Ed. Cuzco, Lima, 1985.
- VILLELA, João Batista. “Bichos. Uma outra revolução é possível”. En: *Revista del Rey Jurídica*. Año 8, N° 16, Brasil BH - MG. Sem. 2006.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEBIDO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Etimología. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 8. Naturaleza Jurídica. 8.1. Teoría de la parte de la madre. 8.2. Teoría la de ficción. 8.3. Teoría de la personalidad. 8.4. Teoría de la subjetividad. 9. Protección jurídica especial. 9.1. Atribución de derechos patrimoniales. 9.1.1. Condición resolutoria. 9.2. Teoría de los efectos favorables. 9.2.1. Aplicabilidad en el Código Civil. 9.2.2. Lo no favorable para el concebido. 9.3. Integración de ambas teorías. 10. Relación jurídica subjetiva. 10.1. Derechos. 10.1.1. Patrimoniales. 10.1.2. Extrapatrimoniales. 10.2. Obligaciones. 11. Capacidad. 11.1. Capacidad de goce. 11.2. Capacidad de ejercicio. 12. Fin. 12.1. Aborto. 12.2. En el momento mismo del nacimiento. 13. Daños al concebido. 14. Tratamiento del concebido en el Código civil. 14.1. Inicio de la vida (art.1). 14.2. Reconocimiento judicial del embarazo o parto (art. 2). 14.3. Incapacidad absoluta de ejercicio (art. 43-1). 14.4. Representación legal de los incapaces (art. 45). 14.5. Concepción como un motivo justificado para que menores de edad contraigan matrimonio (art. 241-1). 14.6. Impedimento matrimonial de la viuda por concepción supuesta (art. 243-3). 14.7. Improcedencia de la anulación del matrimonio de la menor de edad si ha concebido (art. 277-1). 14.8. Improcedencia de la acción de impugnación de paternidad del concebido (art. 365). 14.9. Reconocimiento del concebido (art. 392, Derogado). 14.10. Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial antes del nacimiento (art. 405). 14.11. Curatela de bienes del concebido (art. 598 y art. 606-7). 14.12. Cesación de curatela de bienes del concebido (art. 617). 14.13. Concebido como heredero o legatario (art. 734). 14.14. Caducidad del testamento por no considerar a un concebido (art. 805). 14.15. Suspensión de la partición de los bienes de los derechos que comprenden a un concebido (art. 856). 14.15.1. Antecedentes. 14.15.2. Partición. 14.15.3. Concebido como heredero. 14.15.4. Suspensión de la partición hasta su nacimiento. 14.15.5. La madre y el goce de los derechos hereditarios. 14.15.6. Casos especiales. 15. Tratamiento del concebido en la legislación nacional. 15.1. Constitución Política. 15.2. Tratados de DDHH y concebido. 15.3. Ley de política nacional de población. 15.4. Ley General de la Salud. 15.5. Código de los Niños y Adolescentes. 15.6. Código Penal. 15.6.1. Estructura del tipo penal. 15.7. Ley de Trabajo de la Obstetriz. 15.8. Decreto Supremo N° 016-2002-SA (DOER, 19/12/2002), Reglamento de la L. N° 27604. 15.9. Resolución de Gerencia General N° 248-GG-ESSALUD-200112.3.4. Aprueban Directiva “Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas”. 16. *Concepturus*. 16.1. Concepto. 16.2. Denominación. 16.3. Definición. 16.4. Características. 16.5. Naturaleza jurídica. 16.6. Posiciones acerca de la existencia y viabilidad jurídica a nivel local. 16.7. Derecho comparado. 16.7.1. Sistemas permisivos. 16.7.2. Sistemas restrictivos. 16.7.3. Sistema contemporáneo. 16.8. Actualidad.

1. INTRODUCCIÓN

La vida humana merece protección independientemente del estado biológico en que se encuentre –concebido, gestado, niño, adolescente, adulto, anciano, moribundo, desahuciado, etc.– y, más aún, tratándose de un estado de desarrollo biológico inicial.

Siendo una realidad existencial, el estado primigenio de vida, representada en el concebido merece resguardo y amparo legal; además, debe otorgársele una especial categoría jurídica para su pleno interactuar social.

2. ANTECEDENTES

Dice Pontes de Miranda⁽¹⁾ que el problema jurídico del embrión o *nasciturus* no podría interesar al hombre de la horda o del clan, debido al colectivismo primitivo.

Nuestro sistema jurídico le debe mucho al Derecho Romano, sin embargo fueron estos quienes negaron al concebido la categoría de sujeto de derecho⁽²⁾. Para ellos solo la persona podía adquirir dicha categoría siempre que cuente con un estado civil especial conformado por el *status libertae* (libertad), *status civitatis* (ciudadano) y *status familiae* (jefe de familia). Estos elementos connotaban, distinguían y convertían jurídicamente al ser humano en persona. Si no se reunía con estos requisitos carecía de capacidad.

(1) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Bookseller, Campinas, 1999, p. 221.

(2) Celso decía *Vel si vivo o Conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* o “si viviendo este fue concebido porque se estima que el concebido existe en cierto modo” (D.38.16.7).

Sin embargo, el gran aporte de los romanos radica en el hecho de atribuir ciertos derechos a los que están por nacer, v. gr. protección de sus derechos y determinación especial del *status libertae* (de una mujer esclava nacían hijos esclavos pero de una mujer esclava que concebía siendo libre, nacía un hijo libre). Los derechos del concebido estaban protegidos directa e indirectamente. Para un sector de juristas romanos el *nasciturus* era parte del organismo de la madre, como dice la mejor doctrina *portio mulieris, vel viscerum*⁽³⁾.

Durante la Edad Media, el cristianismo sostuvo que la divinidad creaba el cuerpo y luego lo dotaba de alma. Se decía que a los cuarenta días de la concepción despertada el embrión masculino y a los ochenta días el femenino. Luego evoluciona este pensamiento y se considera que tanto el cuerpo como el alma surgen inmediatamente con la concepción, por lo tanto el concebido está protegido por el quinto mandamiento de las leyes de Moisés (“no matarás”), tomando en cuenta que este no diferencia entre el hombre nacido y no nacido.

3. ETIMOLOGÍA

El término concebido deviene del verbo concebir (*konthe'bir*). Más que un participio, el concebido es el producto de la concepción. El sujeto que deriva del acto biológico de la procreación.

El etimo de *nasciturus* viene del participio futuro de *nasci*, aquel que nacerá (“[el que] ha de nacer”), o, como dice Limongi França⁽⁴⁾, *nasciturus-a-um*, aquel que a o debe nacer.

Debemos aclarar que no solo puede ser aquel que deviene de la concepción (como hecho biológico natural), sino de cualquier otro estado similar, pudiendo ser fecundado, clonado, partegenado (como hechos biológicos generados a voluntad), de allí que su denominación más genérica debiera ser **generado**.

(3) Ulpiano señalaba: “Porque todo lo que está en el vientre antes que nazca, es parte de la madre o de sus entrañas (*Partus enim antequam edatur mulieris portio est vei viscerum*)” y “No es pupilo el que está en el claustro materno” (*Non est pupillus, qui in útero est*). Por su parte, Papiniano planteaba: “Porque el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre”. Se habla de hombre cuando está separado el feto de la madre. Por ello el *nasciturus* (ser que no se ha desprendido del seno materno) no constituye un nuevo ser sino parte de la mujer.

(4) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 44.

4. CONCEPTO

Como indica Fernández Sessarego “por ser concebido, es decir ser humano, es sujeto de derecho y, por ende, titular actual de derechos”⁽⁵⁾. Otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, implica que es un centro de imputación de derechos y deberes, un centro de referencia de relaciones jurídicas, y es que no solo se lo merece por su calidad y esencia humana, sino que es connatural en el que el Derecho le preste especial atención (Tertuliano: *Homo est et qui est futurus*, el hombre ya es el que será). El concebido es un ser humano digno de la más amplia tutela jurídica.

En términos biológicos, como indica Menezes Cordeiro⁽⁶⁾, el *nasciturus* es un ser humano; sociológicamente no se le ve de modo directo, es perceptible por la deformación característica del vientre de la madre; culturalmente tratado con cariño: un hijo, un hermano dentro del vientre de la madre: A todo ello, nosotros agregamos que, para el Derecho, es un sujeto de derecho.

5. DENOMINACIÓN

El Derecho Romano utilizaba términos cuyo alcance jurídico perdura hasta nuestros días⁽⁷⁾:

- *Conceptus*, el ya concebido
- *Nascibilis*, el que puede nacer
- *Nascendus* o *nasciturus*, el que está por nacer
- *Concepturus*, es el que puede llegar a ser concebido

A estos términos, agregamos:

- *Nascens*, que nace
- *Nascitus*, que nacerá

(5) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990, p. 32.

(6) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 312.

(7) OBREGÓN ÁLVAREZ, Alejandro E. *La persona humana: problemas bioéticos y biojurídicos actuales*. En: <<http://www.uaq.mx>, julio 2012>.

El Código del 52 y el del 36, así como la Constitución de 1979 lo denominó el que está por nacer. Ambos Códigos utilizan el término concebido como acto biológico, no como sujeto de derecho, rezago terminológico que queda en el artículo 598 del Código actual que llama también el que está por nacer.

En la doctrina se le denomina:

- Gestado.
- Prenacido.
- Niño por nacer⁽⁸⁾.
- Persona por nacer.
- El ser que va a nacer.
- El que está por nacer.
- *Nasciturus tout court*⁽⁹⁾
- *Nasciturus porprio sensu*.
- Aquel con vida intrauterina.
- Persona individual antes de nacer.
- Aquel no nacido (*propter spem nascendi*).
- El aún no nacido o, simplemente concebido⁽¹⁰⁾.
- Concebido no nacido (puede haber un concebido no gestado o congelado).

En materia de Derecho sucesoral se le conoció como póstumo. Póstumo (Lat.: *postūmus*, *post*, después; *humus*, enterrar. Después de enterrado)⁽¹¹⁾ aquel hijo que nace luego de muerto el padre pero que se le

(8) Día Mundial del Niño por Nacer, L. 27654 (DOEP, 25/02/2002).

(9) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 202.

(10) Como lo indicaba *in fine* el derogado art. 392 del Código.

(11) El origen etimológico es variado, *post humatum patris* o *postremo loco natus*. Se advierte que antes del nacimiento no puede hablarse de póstumo sino de *venter* o *partus*, pues solo se le podría llamar así en sentido lato, en relación al tiempo futuro. Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España, Parte general*. Tomo I, Madrid, 1955, p. 114, nota 3.

reputa matrimonial o que nace luego extendido el testamento (testamento postrimero), así también, como refiere Lete del Río⁽¹²⁾, como un concebido podía adquirir derechos de un extraño, el concepto póstumo se amplía a todo feto humano, cuyo nacimiento pudiera depender la efectividad de algún derecho.

En latín *nasciturus*, *postumus nondum*, *infans conceptus*, *conceptus*, *concepturus*. En el Derecho comparado *unborn child* (Inglés), *concepito* (Italia), *L'enfant conçu* (Francia), *ungeborne kínder* (Alemania).

El Código de los Niños y Adolescentes lo llama niño (art.I) o concebido (art.I y 1). Otras leyes lo llaman lo denominan el **que está por nacer**⁽¹³⁾ o niño por nacer⁽¹⁴⁾.

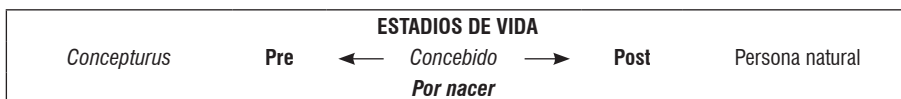
Su denominación trae de la mano distintas derivaciones:

- *Nasciturus*, para el embrión *in utero*, implantados.
- *Pronasciturus*, para el embrión *ex utero*, no implantados, *nasciturus extracorporis* (caso especial de los crioconservados).
- *Surro nasciturus*, para el embrión transferido a tercera persona (caso de la maternidad subrogada).

Lôbo⁽¹⁵⁾ nos indica una clasificación de concebido:

- *Nasciturus*.
- No concebidos.
- Concebidos **in vitro**.
- Futuras generaciones humanas.

Su estado termina con el nacimiento o con la muerte (aborto).



(12) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 42.

(13) La Ley de trabajo de la obstetrix, art. 8 a), Ley N° 27853.

(14) Artículo 3, numeral 3.4 del D.S. N° 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002), Reglamento de la Ley N° 27604 que establece la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en casos de emergencias y partos (modifica la Ley General de Salud, Ley N° 26842).

(15) LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte general*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 107.

El Código Civil (salvo el art. 598, que lo llama al que está por nacer), así como la Constitución de 1993, utiliza el término concebido.

Para la medicina:

- Cigoto.
- Huevo.
- Mórula.
- Blástula.
- Glástula.
- Preembrión.
- Embrión.
- Feto.
- Naciente (*nascens*).

En términos sencillos es el generado, engendrado, hasta que nace, nacido.

Independientemente del *nomen* que la medicina le otorgue al fruto de la concepción o que el Derecho genético contemporáneo le haya asignado, el acto biológico de la concepción es para el Derecho un hecho jurídico que genera un sujeto de derecho, denominado concebido (*nasciturus*), digno de la más alta protección.

6. DEFINICIÓN

Para Fernández Sessarego⁽¹⁶⁾ el concebido “es el ser humano por nacer, que se origina por la fecundación de un óvulo de parte de un espermatozoide, y que se gesta en el seno materno”.

Es el sujeto de Derecho especial, sui géneris, producto del hecho biológico de la generación de vida (concepción o cualquier otro acto similar), al que la ley lo protege de manera singular diferenciándolo de todos

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990, p. 79.

los demás sujetos de derecho, dada su situación y estado de desarrollo primario pudiendo estar o no en claustro materno.

7. CARACTERÍSTICAS

El concebido posee las siguientes características:

- **Vida humana en estado inicial**

Es el ser humano no nacido, *conceptus sed non natus, propter spem nascendi* (Ulpiano, D 37.9.1pr.).

Es producto de la concepción o cualquier otro procreático acto similar por el cual se da inicio de la vida y, por ende, del estado de concebido. Independientemente de su viabilidad, como es el caso del *oriturus* o *moriturus*, requiere y exige una protección plena, digna.

El concebido puede ser gestado (*nasciturus, qui in utero est*) o, también, darse el caso del *ex utero* que se encuentre crioconservado, congelado, esperando ser trasladado al seno materno o, quizá a un vientre artificial (ectogénesis).

- **Surge de la concepción o de acto similar**

La vida humana se inicia con concepción, dice el art. 1 del Código Civil.

Acorde con la norma del Código, las principales normas legales consideran en el mismo sentido que el inicio de la vida, y desde ya su protección jurídica, empieza en el momento de la concepción, así tenemos la *Constitución Política* (art.2, inc.1), *Ley de política nacional de población*⁽¹⁷⁾ (inc. 1 del art. IV), la *Ley General de salud* (art. III del Título preliminar), el *Código de los Niños y Adolescentes* es más detallista y dice: en sus normas preliminares (art. I).

La concepción es el punto de partida de la vida humana y de la protección jurídica en su plena y total dimensión, lo cual ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional peruano que, en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, ha sostenido que el inicio de la vida humana se da con la concepción, mas no con la anidación; afirmando que “(...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a

(17) DL. N° 346, (DOEP, 05/07/1985).

una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”.

Pero, no necesariamente se requiere ser consecuencia de la concepción. La vida puede procrearse y crearse. La primera mediante procesos de fecundación natural a través de la relación sexual coital y, la segunda, a través de técnicas de reproducción humana asistida (clonación, partenogénesis, fusión, fisión, transferencia nuclear, etc.).

- **Ser único, singular e irrepetible**

Durante la concepción, con la singamia, luego de haberse dado el intercambio de material genético, se produce la identidad genética del ser, originando que el individuo concebido sea **él** y solo **él**, con las características que posee que lo diferencian de los demás (hasta los gemelos univitelinos se diferencian en sus huellas digitales y en la conformación del iris –métodos de autenticación biométrica–, además de su personalidad que resulta irrepetible y no fotocoipiable).

- **Es un estado momentáneo o determinado**

Es estado de vida corto, es más interino (es más esa interinidad es la que justifica que se puedan tomar una serie de medidas precautorias⁽¹⁸⁾).

A diferencia de la persona que tiene una esperanza de vida (73 años⁽¹⁹⁾), el concebido tiene un tiempo promedio en el que mantiene su estatus. Se es concebido por un tiempo menor, identificable y computable, *i.e.* 9 meses (300 días o 10 meses lunares, conforme al Código⁽²⁰⁾) prácticamente todo el estado del embarazo, días más o días menos (el embarazo dura entre 37 y 40 semanas después del último periodo menstrual).

En cuanto a los días demás, no hay un límite, debe analizarse cada caso en particular, pudiendo presentarse excesos frente a las situaciones de los embriones crioconservados, con 1, 3, 7 o 10 años. Estos tiempos

(18) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 43.

(19) Datos de Banco Mundial, Última actualización: 17 de enero de 2013.

(20) Arts. 243, incs. 3, 361 y 363, inc. 2.

no implican años cronológicos, no es la edad del concebido, sino el plazo durante el cual se encuentra paralizado su estado biológico.

El tiempo no marca el estatus de concebido.

- **Capacidad**

Capacidad de goce. El concebido es sujeto de derecho y posee una inherente capacidad de goce. Es titular de relaciones jurídicas subjetivas. Tiene derechos y los logra para su existencia. Esta capacidad no puede limitársele, siendo actual, efectiva e incondicional en razón de que implica el goce de derechos personales como patrimoniales.

Capacidad de ejercicio. No puede realizar sus derechos, llevarlos a cabo. El concebido no tiene capacidad de ejercicio, es incapaz absoluto de ejercicio ipso iure (art. 42), básicamente por una cuestión de edad (inc. 1), carece de ella.

- **Relaciones jurídicas**

Como sujeto de derecho, cuenta con facultades y deberes, derechos y obligaciones siempre que le sean favorables, beneficiosos y positivos.

En cuanto a sus derechos patrimoniales estos se encuentran condicionados a que nazca vivo, mientras que los extrapatrimoniales están exentos de condición, aplicándose de manera plena.

- **Sujeto de derecho especial**

Finalmente, es un sujeto de derecho, activo y pasivo, que cuenta con atribuciones singulares de las que no gozan los demás sujetos de derecho.

- **Fin**

Acaba con el nacimiento o la muerte (aborto).

8. NATURALEZA JURÍDICA

Determinar **qué es para el Derecho** el concebido no siempre ha sido una cuestión de clara determinación. Existen un sinnúmero de teorías que justifiquen su **estatus** y posición, las que son expuestas por Pontes de Miranda⁽²¹⁾ quien llega a citar hasta nueve teorías:

(21) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, pp. 221 a 223.

	Teoría	Sustento	Autor
1	Ficcionistas	Tratan al concebido bajo la idea de haber nacido	Savigny
2	Teoría de la ficción	Que se opone a la teoría de los derechos sin sujetos	Windscheid
3	Teoría da <i>hereditas iacens</i> (herencia yacente)	La herencia se torna sin dueño hasta antes del nacimiento del <i>nasciturus</i>	Kipp
4	Teoría de la eficacia pasiva	Existen derechos futuros	von Ihering
5	Teoría de la apariencia de condición	Todo está condicionado al ejercicio de los derechos	Eck
6	Teoría de la condición (en sentido propio)	Adquisición condicional de derechos	Heymann
7	Teoría de análogo a la condición	No hay derechos del <i>nasciturus</i> . Él es el que será, si nace vivo será titular de esos derechos, que ya existen	Oertmann
8	Teoría de la personalidad jurídica (stricto sensu) del <i>nasciturus</i>	Antes de la personalidad física está la personalidad jurídica del concebido	Rudorff
9	Teoría de la representación	Es el curador quien representa al concebido	Hölder
10	Teoría del sujeto indeterminado	Se aproxima a la verdad al atender la indeterminación objetiva del sujeto	Stammler

Entre ellas y las más importantes tenemos:

8.1. Teoría de la parte de la madre

El concebido es parte biológica de la madre.

Tiene su origen en Roma. Ulpiano expresaba *partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum* (Digesto 25, 4, 1:1) antes del alumbramiento el feto es parte de la mujer, de sus entrañas. Un órgano más, una extensión biológica como el hígado, riñón o apéndice⁽²²⁾, sin derechos, *pars viscerum matrix*. Estos –los derechos– eran los de la madre. Es llamada teoría de la *portio mulieris*.

En gran medida se sustenta en el criterio de Papiniano, *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (Digesto 35, 2, 9,1), es decir, que el *nascituro* que se halla en el seno materno (*partus nondum editus*) no puede configurarse como un ser humano (*homo non recte fuisse dicitur*).

Hoy en día, existen doctrinas que aún la mantienen haciendo la salvedad que tal órgano o porción de la madre es la más noble e importante

(22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Ed. Motivensa, Lima, 2012, p. 65.

en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma⁽²³⁾. Asimismo, la corriente pro aborto –permisibilidad y despenalización– se justifica con esta teoría al sostener que la mujer es dueña de su cuerpo y que el concebido no tiene autonomía vital requiriendo la matriz de la mujer, por tanto, puede disponer libremente de él, lo que implica que no puede restringirse el derecho a la libertad y la autonomía de la mujer⁽²⁴⁾.

Las características del concebido para esta teoría son:

- No tiene una autonomía jurídica.
- Comparte derechos con la madre.
- La madre actúa por ella y se beneficia lo que debiera corresponderle.

Este sistema –hoy mitigado– se aplica en los sistemas anglosajones⁽²⁵⁾.

Opinión

Es una teoría desfasada y que no considera la existencia del concebido. La posición de quienes pretende actualizarla carece de fundamento al tratarse, claramente, de dos vidas independientes, la de la madre y la del hijo concebido, además de ello debe reafirmarse y así respetarse que **el ser humano es toda criatura que proviene de una mujer.**

8.2. Teoría de la ficción

El concebido se le considera como si **hubiera nacido** siendo sujeto de derecho **para todo cuanto le favorece**. Es nacido, entonces persona y por tanto sujeto de derecho, solo para aquello que le resultara beneficio.

Tiene su origen en Roma siendo fortalecida por Savigny. Está sustentada en el principio jurídico *Infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (Digesto 50, 16, 231): el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio. Se resume en *Nasciturus pro iam nato habetur*.

(23) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 313 y 314, nota 24.

(24) MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil Comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, abril 2011, p. 81.

(25) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 55.

Estuvo consagrada en el art. 1 del Código del 36.

Ficción de nacido

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, **ficción** es la “acción y efecto de fingir” y **fingir**, “Dar a entender lo que no es cierto”, presentar como real algo que no lo es. Para Fernández Sessarego⁽²⁶⁾ ficción, engaño, en el concebido equivale a una “nada”, solo adquiere realidad como ser humano con el nacimiento, antes es solo una esperanza de vida, *spes hominis*; un futuro ser humano, un hombre en proceso, *in fieri*.

Esta teoría lleva a determinar que el concebido es “un ente inexistente en la realidad”⁽²⁷⁾ y se confieren derechos sin sujetos. Tenérsele por nacido es, a criterio de Pontes de Miranda⁽²⁸⁾, una eficacia anticipada.

Efectos favorables

Nasciturus pro iam nato habetur. Al concebido solo se le atribuye lo bueno, beneficioso, provechoso, conveniente y rentable.

La atribución de las relaciones jurídicas depende del cumplimiento de determinadas situaciones que deben ser de utilidad para el concebido. La subjetividad deviene de la favorabilidad, la primera deviene de la segunda. Esta teoría se asemeja al principio del interés superior del niño que no es otra cosa, sino la preferencia de los menores cuando sus derechos resulten enfrentados con los de otros sujetos⁽²⁹⁾. Los efectos favorables implica un tratamiento especial al concebido tomando en cuenta su estatus de sujeto de derecho especial. Este adagio juega en su favor, no en contra de sus intereses.

Las características del concebido para esta teoría son:

- Se le considera como nacido, persona natural.
- Surte efectos una condición suspensiva a los derechos patrimoniales.
- Es sujeto de derecho **para todo cuanto le favorece**.

(26) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 66.

(27) *Ibidem*, p. 65.

(28) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 225.

(29) Vide VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo 1, 1ª edición, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 271.

El Código Civil de California dice: “Una persona concebida, pero aún no nacida, se reputará como persona existente en todo lo que le sea necesario para proteger sus intereses, en caso de que nazca posteriormente” (art. 29).

Opinión

Siguiendo la frase ilustrativa de Fernández Sessarego que sustenta esta teoría “el concebido no es lo que es –un ser humano– y cuando es –es decir, cuando nace– ya no es, pues se convierte en una persona nacida”⁽³⁰⁾.

La teoría de la ficción reduce al concebido a una “nada jurídica” desde que, antes de nacer, no existe para el Derecho, “aún no es”. En efecto, y de acuerdo con lo anteriormente glosado, para la teoría de la ficción el concebido nunca es tal, **no es sujeto de derecho**, desde que solo lo será en el momento del nacimiento. Pero, en este momento tampoco es concebido sino “persona natural”. Es decir, “ya no es”.

En conclusión, para la teoría de la ficción el concebido nunca “es”, **nunca existe como tal**. Se trata, como se puede apreciar, de un escamoteo legal de la realidad.

Considerar que se trata de una condición suspensiva es minimizar la calidad de sujeto de derecho.

8.3. Teoría de la personalidad

El concebido es una persona por nacer.

No se atribuye la categoría de concebido, a contrario sensu se le considera persona por nacer. Una suerte de persona disminuida, minipersona, personita, *a little person*, en proceso de formación y, por tanto, con derechos y capacidad restringida.

Tiene su origen con el jurista brasileiro Teixeira de Freitas quien en su *Esbôço*, a pesar de no referirse expresamente al concebido como sujeto de derecho, le otorga el *nomen* de *pessoa por nascer*⁽³¹⁾.

(30) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 65.

(31) Arts. 53 al 61. Además, véase el art. 41, 1 en el que se considera que son absolutamente incapaces y arts. 33 y 34. Vide TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esbôço*. Tomo I, Ministério da Justiça e negócios interiores, Río de Janeiro, 1952.

Esta posición, con las limitaciones propias de la época, es recogida fielmente por Vélez Sarfield y las implementa en el Código argentino de 1869 (art. 63 y ss).

Los derechos patrimoniales los va a adquirir siempre que nazca con vida. Tiene capacidad para llevar a cabo actividades jurídicas. El concebido realiza relaciones jurídicas pero en lo que se refiere a las patrimoniales se supeditan a que nazca con vida (condición suspensiva).

Las características del concebido para esta teoría son:

- Es persona natural
- Tiene capacidad
- Derechos patrimoniales se adquieren por condición suspensiva

Opinión

Esta teoría termina siendo una suerte de ropaje momentáneo, un disfraz, que se le presta al concebido para que actúe en la sociedad pero sin mayor determinación ni permanencia. Alegar que el concebido es persona por nacer, es decir todo y nada a la vez.

Considerar que se trata de una condición suspensiva es minimizar la calidad de sujeto de derecho.

8.4. Teoría de la subjetividad

Al ser, estar y existir, el concebido importa al Derecho.

Es un *mix* entre la teoría de la personalidad y la de la subjetividad. Toma de cada cual su máxima expresión a fin de otorgarle al concebido una protección justa y acorde con su estado.

Tiene su origen en el Derecho contemporáneo y está vigente en nuestro Código de 1984, haciendo confluír, y fusionando, la teoría de la ficción y la de la personalidad.

Esta teoría tutela al concebido en virtud de lo que significa, de lo que es y de lo que representa para el Derecho: un ser humano. Lo reconoce como un sujeto de derecho sui géneris, especial, digno de la más amplia protección.

Las características del concebido para esta teoría son:

- El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.
- Atribución de derechos patrimoniales condicionados de forma resolutoria.
- Plena atribución de derechos extrapatrimoniales.

Lo que lo hace un sujeto de derecho especial, sui géneris.

Opinión

Es una moderna teoría y que cumple, realmente, la función de protección y reconocimiento del concebido como un sujeto de derecho, como dice Catalano⁽³²⁾, el jurista peruano contribuye con la corriente del pensamiento ibérico, concentrado la atención en el valor de la vida humana, rechazando la teoría de la ficción y utilizando una conceptualización abstracta para la defensa concreta de los concebidos.

Considerar que se trata de una condición resolutoria es maximizar la calidad de sujeto de derecho.

9. PROTECCIÓN JURÍDICA ESPECIAL

Al ser, estar y existir, el concebido como sujeto importa al Derecho. Pero su importancia no es simple ni común. Se trata de una importancia especial, de allí que se diga que el concebido es un sujeto de derecho sui géneris digno de la más elevada protección normativa.

Es finalidad del Derecho en general y del Derecho Civil en especial otorgar una protección a los intereses del concebido, como sujeto de Derecho especial. La protección de concebido es susceptible de ser contemplada en una doble perspectiva, personal y patrimonial⁽³³⁾.

Esta protección no es única; por el contrario, es variada justamente para darles eficiencia a los métodos de cautela. La protección diseñada a favor del concebido puede ser directa, si está dirigida inmediatamente al concebido o, indirecta, si la protección es mediata o a interpósita persona,

(32) CATALANO, Pierangelo. "Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil peruano de 1984)". En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Cuzco, Lima, 1986, p. 234.

(33) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 73.

caso concreto de la madre. Esta protección finaliza cuando el concebido deja de tener tal calidad jurídica, con el nacimiento o con su muerte.

La especialidad de su protección se basa en dos supuestos:

9.1. Atribución de derechos patrimoniales

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Se entiende por nacido vivo, siguiendo las disposiciones mexicanas, “al producto de la concepción expulsado o extraído de forma completa del cuerpo de su madre, independientemente de la duración del embarazo, que después de dicha separación respire o dé cualquier otra señal de vida como frecuencia cardíaca, pulsaciones de cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta”⁽³⁴⁾.

El concebido asumirá los derechos de “carácter patrimonial, como el derecho a adquirir bienes por herencia o donación, si están sometidos a condición resolutoria, ya que si el concebido no nace con vida, dichos derechos se resuelven automáticamente, con efecto retroactivo”⁽³⁵⁾.

9.1.1. Condición resolutoria

Los derechos patrimoniales que favorecen al concebido están sujetos a condición resolutoria⁽³⁶⁾, por lo que los goza de manera actual, durante su existencia, y este goce se confirma si nace con vida y se convierte en persona natural. Sin embargo, los derechos patrimoniales dejan de existir si –durante el proceso de gestación o en el instante del nacimiento– muere, en mérito que ya **no** es sujeto de derecho, situación en la que los derechos patrimoniales retornan a quienes se los atribuyeron o, si fuera el caso, a sus sucesores.

El concebido no es una simple esperanza (*spes hominis*). Es lo que es, una realidad viviente, un ser humano, por lo que el Derecho lo considera

(34) Artículo 389 Bis. Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, México, DOF: 24/04/2013.

(35) UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: Contribuciones para un Código Civil tipo en materia de Personas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, p. 195.

(36) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima. Lima, 1990, p. 87.

un sujeto de derecho (art. 1, CC). No es necesario esperar el hecho del nacimiento para que surja un ser humano y, consiguientemente, un sujeto de derecho que goce de sus derechos patrimoniales.

La premisa de trabajo es que el concebido **tiene, posee o goza de derechos patrimoniales** en forma actual desde que es sujeto de derecho. Este goce de derechos, en tanto ser humano, se encuentra bajo **condición resolutoria**. Es decir, si muere durante el proceso de la gestación o en el instante de nacer, como es lógico, deja de ser sujeto de derecho y, por ende, pierde y consiguiente, pierde los derechos que poseía o gozaba.

La concepción marca el punto de partida del tratamiento legal integral.

Otras posiciones

El tema referente a los derechos del concebido en tanto sujeto de derecho, sin embargo, ha merecido una larga y amplia discusión teórica.

Figueroa Yáñez⁽³⁷⁾ hace referencia al sector de la doctrina que califica a los derechos patrimoniales de derechos modales mientras que, para otros autores, son derechos sujetos a condición suspensiva (Solar, Alessandri, Salas, Pescio), derechos eventuales (Galecio), derechos especiales o sui generis (Somarriva). De manera más general, algunos autores refieren que se trata de casos en los que encaja perfectamente el esquema conceptual propio de las situaciones de derechos en pendencia (Bercovitz⁽³⁸⁾). Dentro de esta última posición y con un mayor desarrollo, un sector de la doctrina italiana ha dicho que, dado que los derechos reconocidos a favor del concebido se encuentran por disposición legal subordinados al evento del nacimiento, antes de que ocurra este evento se establece un estado de pendencia, durante el cual la tutela del interés del concebido debe estar coordinada con la observancia de los criterios objetivos de una correcta administración de los bienes hereditarios (Natoli⁽³⁹⁾). A mayor detalle se sostiene que la posición del concebido implica una situación de interinidad, en la que la masa de bienes o derechos que se le destinan y puede llegar a adquirir, **si nace**, se encuentran en una situación de pendencia (Lete del Río⁽⁴⁰⁾).

(37) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *Derecho Civil de la persona*. Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 146 y ss.

(38) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 176.

(39) NATOLI, Ugo. *L'amministrazione dei beni ereditari* 2. I, Milano, 1968, p. 321 y ss.

(40) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 43.

En la posición anteriormente referida se explica si consideramos que dichos autores, generalmente, parten del hecho de que sus respectivas legislaciones se afilian a la teoría de considerar al concebido no como un ser humano, sujeto de derecho, sino como una simple ficción. Si es así, es comprensible concluir que los derechos del concebido están en situación de pendencia o interinato a la espera del nacimiento del sujeto de derecho que no es otro que la persona nacida o persona natural. A diferente conclusión se llega si partimos de la base de que el concebido es un sujeto de derecho, dotado de plena capacidad de goce, por lo que es titular actual de los derechos que le son inherentes a su condición de ser humano o a los que le atribuye el ordenamiento jurídico.

9.2. Teoría de los efectos favorables

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Esta teoría se sustenta en el principio *Pro iam nato habetur* que es el resumen del adagio *Nasciturus pro iam nato habetur, si de ius commo- do agitur*, la persona por nacer se considera como nacida, cuando se trata de su ventaja.

En este contexto, decía Paulo que: “Quien está en el útero es considerado como si ya estuviera entre los humanos, todas las veces que se trata del provecho del feto mismo; aun cuando de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca”. *Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*, (Digesto 1, 5, 7). Por su parte Juliano rezaba que: *Qui in utero sunt, in toto pæme iure civili intellegentur in rerum natura esse*. “Los que están en el útero son considerados en casi todo el Derecho Civil como existentes” (Digesto 1, 5, 26). Asimismo, Marciano: *Non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est*. “La desventura de la madre no debe dañar al que está en el útero” (Digesto, 1, 5, 5,2) y Terencio Clemente: “Se ha de entender que existió al tiempo de la muerte (del padre) quien fue dejado en el útero”. *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est* (Digesto 50, 16, 153).

El concebido como sujeto de derecho especial se le atribuye única y exclusivamente derechos y deberes que le son beneficiosos y positivos, que sean de su entero provecho y que repercutan positivamente en él. Significa que posee una capacidad de goce dirigida y seleccionada respecto de derechos (personales / patrimoniales) que le sean ventajosos. No es que existan derechos y deberes negativos o malos sino que el ejercicio de

algunos puede llegar a ser más comprometedores que otros y eso generar un desmedro al concebido.

Esta teoría busca consagrar el principio del interés superior, el mejor beneficio al concebido, por lo que puede denominársele teoría del interés superior al concebido. Es por ello que todo debe estar redactado, aplicado y girar en torno a la defensa de este sujeto de derecho. Solo podemos atribuirle aquello que le es bueno, de acuerdo al tratamiento jurídico especial y considerando su situación biológica.

9.2.1. Aplicabilidad en el Código Civil

Un ejemplo de la aplicación de esta teoría lo tenemos en materia de filiación de concebido, teniendo que:

A un concebido puede:

- **Ser reconocido** (esta facultad estuvo consagrada *expressis verbis* en el art. 392 *in fine* hoy derogado pero no por ello deja de ser posible el acto de reconocimiento en mérito de los efectos favorables que genera), y;
- **Demandarse su paternidad extramatrimonial**, art. 405, la acción permitirá que se determine la relación paterno filial y se le asigne un padre.

A un concebido no se puede:

- **Impugnar su paternidad matrimonial**, art. 365, un concebido no puede quedar sin padre, eso lo perjudica menos aún cuando esta es asignada por ley.

9.2.2. Lo no favorable para el concebido

Aquellas situaciones que resulten desventajosas simplemente no se le aplican. Ello no significa una pérdida a su estatus de sujeto derecho. Dicho estado se mantiene incólume en razón de la especialidad que la caracteriza.

No es correcto aplicar una interpretación a contrario sensu, por ejemplo decir que: “El concebido no es sujeto de derecho para aquello que no le es favorable”. Tener por válida esta expresión implicaría que para todo aquello que le sea desfavorable el concebido no será considerado como sujeto de derecho, lo cual es un despropósito porque sería negar su propia esencia y naturaleza de ser humano, siendo pasible –al estar al margen de la protección del Derecho– de ser lesionado, agredido, al no contar con

derechos (por ejemplo ser abortado). Consideramos que frente a situaciones perjudiciales o desventajosas, el concebido termina siendo **más** sujeto de derecho, engrandeciéndose, redimensionándose, frente a los demás, en razón que su estatus permite la **inaplicabilidad de ciertas instituciones jurídicas** que no le resulten provechosas, como hemos visto.

9.3. Integración de ambas teorías

Ambas dos, atribución de derechos patrimoniales en la medida que nazca vivo y favorabilidad de efectos, se complementan y nutren entre sí. Están unidas con el fin de otorgarle al sujeto de derecho lo máximo que le corresponde, en su bienestar y bienandanza.

Es, a mérito de ejemplo ilustrativo, como la Fiesta de Pascua (o teoría del chocolatín). Hay chocolates para todos pero: (i) solo daré los más ricos (teoría de los efectos favorables), y; (ii) los chocolates son tuyos pero los comerás solo cuando tengas hambre (teoría de la atribución de los derechos patrimoniales).

El Derecho, la ley y la jurisprudencia nacional tutelan al concebido en virtud de lo que “es” y de lo que “representa” para el Derecho: un ser humano en su máxima expresión, sin importar el tiempo de desarrollo gestacional en el que se encuentre.

10. RELACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA

El concebido tiene derechos y obligaciones, lo cual se conjuga con su capacidad de goce que no tiene limitación alguna, desde que su estatus de sujeto de derecho especial determina que sus exigencias existenciales sean protegidas por las normas jurídicas de una forma exclusiva y particular.

10.1. Derechos

El concebido como sujeto de derecho goza de facultades, atributos y deberes, derechos y obligaciones, no teniendo limitación alguna en su adquisición, solo en el ejercicio de los mismos.

Llambías⁽⁴¹⁾ nos refiere acerca de los derechos que puede adquirir un concebido:

(41) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 21ª edición, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 235 a 237.

- Alimentos.
- Acciones de estado.
- Bienes adquiridos vía legado.
- Derechos accesorios a sus bienes.
- Derechos emergentes de leyes sociales.
- Bienes adquiridos por donación o herencia.
- Daños por actos ilícitos cometidos en su contra.
- Derechos provenientes de estipulaciones efectuadas por otros.
- Bienes adquiridos que se adquieren por el cargo impuesto por un tercero.

El artículo 1 del Código solo se refiere a los derechos patrimoniales. Sin embargo, al establecer que el concebido es sujeto de derecho está implícito que es titular de derechos en general, de derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

10.1.1. Patrimoniales

Están condicionados al nacimiento con vida del concebido pero en sí es titular de estos derechos.

Dentro de estos tenemos:

- Derecho a la herencia.
- Derecho a la donación.
- Derecho a la posesión.
- Derecho a la propiedad y derivados.
- Derecho a la suspensión de la partición de bienes.
- Derecho patrimonial de autor (adquirir vía sucesión las regalías de una obra).

Nuestro Código Civil presta una especial atención en lo referente a los derechos patrimoniales del concebido. Ello lo podemos apreciar del texto de los artículos 1, 2, 598, 617 y 805 inciso 1, 856 del Código, situación

que ha sido heredada del Derecho Romano y más recientemente del Derecho Civil francés y español, conforme lo señala Bercovitz⁽⁴²⁾.

10.1.2. Extrapatrimoniales

Estos son incondicionales y puros. No pueden estar sujetos a ninguna condición, plazo o modo. Los goza de manera irrestricta, son inherentes a él.

Dentro de estos tenemos:

- Derecho al honor.
- Derecho a la vida.
- Derecho a la salud.
- Derecho al nombre.
- Derecho a la imagen.
- Derecho a alimentos.
- Derecho al domicilio.
- Derecho a la libertad.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a ser adoptado.
- Derecho a la integridad.
- Derecho a un régimen de visitas.
- Derecho de acción o tutela jurisdiccional efectiva⁽⁴³⁾.

(42) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 166.

(43) “Aún el concebido –en cuanto le favorezca– y así todo el que tenga la calidad de demandante o demandado es titular de este derecho y, consecuentemente, en forma directa o por medio de representante legal puede ejercitarlo”. Cas. N° 2096-03, Lima, 19/05/2004.

Existen derechos que si bien subjetivamente el concebido cuenta con ellos carecen de contenido en su favor al no contar el elemento esencial que lo componen, v. gr.:

- Derecho al consentimiento informado.
- Derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano.
- Derecho moral de autor, el concebido no puede ser autor de una obra.
- Derecho a la objeción de conciencia, el concebido no tiene la capacidad de decidir a qué oponerse.
- Derecho a la voz, el concebido carece de este elemento especial de la intimidad.
- Derecho a una plaza escolar, si bien esta le es favorable no puede supeditarse a su simple existencia (imagínense que se trate de embriones crioconservados, la plaza no puede quedar al arbitrio de los padres en trasplantarlos), obvio que esta plaza le corresponderá una vez que nazca con vida.
- Así también como algunas derivaciones del derecho a la libertad (libertad de tránsito).

10.2. Obligaciones

El sujeto de derecho, tal como lo comprueba la experiencia, no es solo portador de derechos, facultades, atributos o poderes sino que ellos generan deberes a su cargo, los que constituyen un límite para su acción⁽⁴⁴⁾. Toda relación jurídica tiene un lado activo de un **poder** (exigencia) y el lado pasivo de una **vinculación** (deber) de allí que tenga que estar en conexidad con un sujeto. El poder presupone un titular, un portador, la vinculación u obligación de un gravado, un soporte⁽⁴⁵⁾. Todo derecho lleva implícito una obligación, ambos son el anverso y reverso de una misma moneda.

De este modo, por lógica razón y consecuencia, el concebido es sujeto de derechos y de obligaciones. No debe entenderse, por ninguna razón,

(44) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 61.

(45) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 196.

que la obligación siempre tenga un contenido negativo o perjudicial, esto no es así. La obligación implica un compromiso, el efectuar una prestación de dar, hacer o no hacer, por parte del deudor y beneficio del acreedor. En línea general, el concebido puede asumir una responsabilidad respecto de los derechos que detenta y de las obligaciones que de ellos se derivan; claro, siempre que le sean favorables a sus intereses “el mantenimiento o custodia de bienes o en razón de impuestos, incluyendo para dichos efectos la contratación de mutuos. También es posible realizar, por razones de necesidad y utilidad comprobadas, operaciones de compraventa, arrendamiento, contratación de seguros u otras similares, siempre que beneficien fehacientemente al *nasciturus*”⁽⁴⁶⁾.

El concebido asume obligaciones, que se desprenden como meros accesorios de los derechos adquiridos, en los siguientes casos:

- Herencia o donación con cargo.
- Donación de un inmueble con servidumbre.
- Respetar el arrendamiento de la casa que hereda.
- Pagar los prediales, servicios públicos, arbitrios de su propiedad.
- Por la venta o arrendamiento de algún bien de propiedad será sujeto de obligaciones (municipales, tributarias).
- Por la conservación de sus bienes, el concebido deberá cancelar los v. gr. las cuotas de mantenimiento de un predio.

Sin embargo, este criterio no es unánime, “un sector mayoritario de la doctrina concuerda con el hecho de que el concebido no es capaz de contraer obligaciones”⁽⁴⁷⁾, solo puede tener derechos, lo cual consideramos un sinsentido y un desconocimiento a la relación jurídica subjetiva.

Tobías manifiesta que respecto de las obligaciones, el concebido es titular de aquellas que sean accesorias de los derechos adquiridos tal es el caso del pago de impuestos, cargas o contribuciones de los bienes recibidos

(46) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 98.

(47) *Ibidem*, p. 97.

por herencia o donación⁽⁴⁸⁾. Por su parte Aguilar Gorrondona⁽⁴⁹⁾ considera que el concebido no puede quedar obligado cuando ello le sea desfavorable, puede quedar obligado caso contrario cuando resulte necesario adquirir derechos que resulten inseparables a obligaciones, pero que son superiores a ellas quedar obligado a una herencia cuyo activo es superior a su pasivo.

11. CAPACIDAD

El concebido tiene capacidad que le permite interactuar de forma pasiva y activa en la sociedad.

11.1. Capacidad de goce

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Como *subjectum iuris* posee una inherente capacidad de goce, propia de un ser ontológicamente libre. Es titular de relaciones jurídicas subjetivas. Tiene derechos y se vale de ellos para su existencia. Esta capacidad no puede limitársele, siendo actual, efectiva e incondicional.

Al ser sujeto, el concebido goza de derechos que le son parte de *status iuris sui generis*. Si nace vivo los adquiere y si nace muerto se extinguen (Digesto 50, 16, 129): *Qui mortui nascuntur. neque nati neque procreati videntur* (los que nacen muertos no son vistos como nacidos ni como procreados).

11.2. Capacidad de ejercicio

El concebido no tiene capacidad de ejercicio, a contrario sensu es incapaz absoluto de ejercicio ipso iure (art. 42), básicamente por una cuestión de edad (inc. 1), carece de ella. Para ejercer sus derechos requiere de una tercera persona, un representante que actúe, según sea el caso, según las normas referentes a la patria potestad o de la curatela especial, *curator ad ventris*, *ventri curator* o curador de vientre.

Sus derechos e intereses están sujetos a representación. El representante es interpósita persona que actúa en interés del concebido y pueden ser:

(48) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 54.

(49) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 56.

- Ambos padres.
- A falta de padre, será la madre.
- A falta de padres o si existiera conflicto o peligro, será un curador designado por el juez.

12. FIN

Todo aquello que tiene vida llega el momento en que fenece, se acaba.

La muerte es un hecho jurídico que genera consecuencias legales. Consecuencias estas que están determinadas respecto del fallecido y de terceros.

La muerte pone fin a la persona, manda el artículo 61 del Código Civil. Esta norma es aplicable por analogía al concebido. Digo por analogía porque el concebido no es persona, es un sujeto de derecho distinto, un concebido, calidad que le otorga el Derecho. La norma del Código debió referir que la muerte pone fin al sujeto.

Cuando se produce la muerte, el sujeto de derecho, sea persona natural o concebido, pasa a ser un objeto, en concreto un objeto de derecho especial, digno del más alto respeto, al cual se le denomina cadáver, pero su calidad de ser humano permanece, no se pierde. Así las cosas, no por el hecho de morir se pierde el *status naturae* de ser humano. La muerte se proyecta de forma que el trato dispensado al cadáver no sea arbitrario, sino que responda al principio de dignidad que como ser humano que es, merece que se le dispensen.

El concebido se extingue definitivamente en cuanto tal, existencial y formalmente en cuanto sujeto de derecho especial, a causa de un aborto o si nace sin vida⁽⁵⁰⁾. El concebido tiene su fin, un término, que puede darse en cualquiera de las siguientes circunstancias:

12.1. Aborto

El étimo de aborto viene del latín *abortus* (prefijo *ab* = privación y *ortus*, nacimiento), privación del nacimiento, muerte antes del nacimiento.

El aborto puede ser espontáneo (natural) o intencional (voluntario).

(50) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 101.

12.2. En el momento mismo del nacimiento

Cuando el ser humano muere antes de desprenderse del cordón umbilical.

Considera Tobías que: “el concebido no reviste una personalidad condicional; el nacimiento sin vida, o más bien el deceso antes de estar completamente separado del seno materno, no es condición resolutoria de la calidad de persona, sino solo de los derechos que había adquirido o de las relaciones jurídicas en que era parte”⁽⁵¹⁾.

Natimorto

En cualquiera de las dos situaciones, extinta la vida del concebido y separado del cuerpo de la madre se habla del *natimorto*, *natimuerto* o *nado morto* –*L’enfant mort-né* para los franceses– es aquel que muere en el útero o durante el parto, llamado óbito fetal, y habiendo tenido vida intrauterina se le categoriza como un concebido, un concebido que falleció. No es persona porque no nació pero al haber sido fruto de la fecundación adquirió la calidad de sujeto de derecho pasando, con su deceso, a ser un cadáver digno de respeto y protección. Fue concebido, vivió pero no nació; ese vivir, sea en instantes o en tiempos más prolongados, marcó *status iuris* de sujeto de derecho especial.

Como dice Mosquera: “Estamos ante una vida humana que se extinguió, e independientemente de su peso y tamaño merece un tratamiento especial”⁽⁵²⁾. No por no nacer o morir antes de un tiempo dentro de la gestación la calidad de sujeto de derecho aumenta o disminuye. El concebido no es más en la medida que más tiempo de gestación tenga, no es más por mayor tamaño o peso que haya ganado. La concepción marca el inicio de protección de la vida humana y esta se prolonga, incluso, hasta luego del fallecimiento del ser humano, sea en su calidad de concebido o persona natural.

El *natimorto*, aquel que nació muerto, tiene humanidad y por eso recibe protección jurídica en el sistema de Derecho Privado en su calidad de sujeto de derecho, protección que se extiende relativamente a los

(51) TOBIAS, José W. “El derecho a la vida de la persona por nacer”. En: *La Ley*. Año LXXI, N° 198, martes 16 de octubre de 2007, p. 1.

(52) MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. “Derecho de la madre a sepultar a su feto”. En: *Actualidad jurídica*. N° 239, octubre 2013, p. 94.

derechos de la personalidad como el nombre⁽⁵³⁾, imagen, sepultura, etc., como sostiene expresamente Nelson Nery⁽⁵⁴⁾.

(53) En Brasil existe una corriente que intenta reconocer el derecho al nombre de los natimortos en la medida que, como parte de su identidad, debe corresponder a los familiares asignarles un *nomen* antes de proceder a las exequias. Esta iniciativa doctrinaria se ha visto reflejada en un Proyecto de Ley 5171/13, marzo de 2013 de Angelo Agnolin, en que se propone que dentro del Registro Civil se cree un registro auxiliar a fin de inscribir a los natimortos con sus correspondientes nombres.

“Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5171/13, que estende aos natimortos o direito de ter na certidão de nascimento nome e sobrenome. Atualmente, constam na certidão apenas o nome dos pais e a data de óbito.

Segundo a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo (Arpen-SP), são registrados cinco mil natimortos por ano, mas, até então, sem o nome que os pais gostariam que lhes fossem dado. De acordo a advogada Heloísa Helena Gomes Barboza, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Lei de Registros Públicos não diz efetivamente o que cabe” no caso do registro de natimorto, que a teor da lei é um registro de nascimento, embora feito em livro próprio (C Auxiliar).

O PL pretende alterar a redação do § 1º do art. 53 da Lei nº 6.015/73, que diz no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. Passando a vigorar a seguinte redação: No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro C Auxiliar, com os elementos que couberem, inclusive o nome e o prenome que lhe forem postos”. Cfr. Revista IBDFAM - Instituto brasileiro de Direito de Família. Edição 3, setembro 2013, p.11.

“Para a advogada, a proposta é importante ao respeitar a família do natimorto no sentido de dar (e/ou registrar) um nome ao ser que não nasceu com vida, mas que não raro já o tinha.

Heloísa Helena ressalta que, embora o nome, por si só, não seja bastante para atribuir personalidade jurídica, é indispensável que se respeite à dignidade daquele que está por nascer, ainda que venha a nascer morto. Por força da humanidade que lhe é ínsita, como destacado na justificação do projeto, entendimento esse que tem amparo constitucional, destaca.

Conforme texto da justificativa, o projeto tem como objetivo corrigir uma lacuna existente na Lei dos Registros Públicos que causa constrangimento e imensa angústia aos pais de crianças natimortas (nascidas mortas): o direito de dar um nome e um sobrenome a esta criança, por ocasião de seu registro próprio, como decorrência dos direitos da personalidade, que lhe devem ser reconhecidos e respeitados. Ainda de acordo com o PL há necessidade urgente de federalizar essa concepção de personalidade.

No entendimento da advogada, embora preencha essa lacuna na Lei dos Registros Públicos a proposta não assegura o direito da personalidade porque se o feto morreu antes do nascimento, isto é, da separação do ventre da gestante, ele literalmente nasce morto e, por conseguinte, não chega a adquirir personalidade. De acordo com o artigo 2º do Código Civil a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. É preciso que o nascido respire (com seus pulmões) para caracterizar a vida, caso em que será feito seu registro de nascimento, ainda que venha a morrer em seguida, esclarece Heloísa Helena.

O projeto será analisado de forma conclusiva pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Vide <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100629591/projeto-preve-inclusao-de-nome-e-sobrenome-em-registro-de-natimortos>> (28/11/2013).

(54) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 9ª Edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 248.

Así las cosas, el *natimorto* es un concebido muerto siendo, como tal, merecedor de la más amplia protección jurídica en su calidad cadáver humano, objeto de derecho especial, correspondiéndole el derecho a que sus restos descansen en paz, derecho este que debe ser ejercido por sus familiares a través del derecho de occisión, el cual debe ser viabilizado por el Estado a través de sus políticas públicas de defensa de los derechos humanos.

El *natimorto* merece un tratamiento normativo especial, que se ve reflejado en el reconocimiento de sus derechos como sujeto que fue y que, como cadáver, deben ejercerlos sus familiares, así como ser viabilizados por el Estado. El *natimorto* no es de propiedad de nadie, en todo caso existe una relación filial con sus progenitores de allí que deba ser entregado a sus familiares con las formalidades del caso dejándose constancia de la ocurrencia de su deceso.

Acaecida la muerte del feto, el profesional de la salud responsable así como la institución, están obligados de garantizar el respeto de sus derechos, los de la madre y del progenitor, informando las causas de la muerte, expidiendo el certificado médico de defunción fetal y facilitando el destino final, a través del derecho de occisión, que implica ser enterrado, como acto trascendental de la vida humana.

La sentencia emitida el 10/10/2013 por el 26° Juzgado Especializado en lo Penal de Lima⁽⁵⁵⁾, reconoce de forma expresa el derecho de la madre a sepultar a su feto que falleció durante la gestación.

13. DAÑOS AL CONCEBIDO

También conocidos como los daños por daños prenatales

- *Wrongful conception*

Es la **concepción injusta** y es formulada por los padres contra el médico, alegando que al no haberse detectado o no haberles informado de la posibilidad de la concepción de una criatura con defectos, se les privó de adoptar una decisión informada de proceder con la implantación (error del médico que ha conducido a la implantación).

(55) Exp. HC 3189-2013, Lima.

- *Wrongful birth*

Es el **nacimiento injusto** y es formulada por los padres contra el médico, alegando que al no haberse detectado o no haberles informado de la posibilidad del nacimiento de una criatura con defectos, se les privó de adoptar una decisión informada de continuar o no con el embarazo (error del médico que ha conducido al nacimiento).

A nivel local tenemos un pronunciamiento sobre el tema, en el que se sustenta que no existe responsabilidad civil de los médicos que no detectaron enfermedad congénita antes del nacimiento de un menor, en razón de que no hay libertad de interrumpir el embarazo⁽⁵⁶⁾.

- *Wrongful life*

Es la **vida injusta** y es entablada por el hijo, argumentando que de no haber sido por el consejo médico inadecuado no hubiera nacido y experimentado el sufrimiento de su enfermedad (error del médico que ha conducido a la vida). Puede ser interpuesta contra los padres y el médico.

14. TRATAMIENTO DEL CONCEBIDO EN EL CÓDIGO CIVIL

Todo análisis referido a los derechos del concebido debe efectuarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Código, en razón de que se trata –como ha dicho Monge⁽⁵⁷⁾– de una norma de orden público y de carácter imperativo. De ahí que sea lógico, que todos los artículos que en el Código Civil tratan al concebido **deberán ser** analizados e interpretados a la luz de dicho artículo, que les sirve de fundamento y de norma fuente.

El Código trata de una forma variada al concebido.

De forma indirecta en:

- Presunción *pater est* (art. 361).
- Presunción reafirmatoria de paternidad (art. 362).

(56) Exp. N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01- Tacna, del 12/07/2013. Ob. cit. *La Ley*, año 6, N° 68, del 1 al 30/09/2013, Lima, p. 9. Asimismo: “Existe responsabilidad médica por el nacimiento de un menor con enfermedad congénita”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Tomo 3, setiembre 2013, p. 85 y ss.

(57) MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil Comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, abril 2011, p. 75.

- Plazo mínimo de gestación (art. 363-1).
- Determinación de la calidad de hijo extramatrimonial (art. 386).
- Presunción de paternidad extramatrimonial por convivencia durante la época de la concepción (art. 402-3).
- Improcedencia de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial de la mujer casada (art. 404).
- Derecho de alimentos de la madre y reembolso de los gastos de embarazo y parto. Derecho de la reparación por daño moral por promesa incumplida de matrimonio durante la época de la concepción (art. 414).
- Hijo alimentista (art. 415).

Y, de forma directa, en:

14.1. Inicio de la vida (art. 1)

Una de las más grandes interrogantes en el Derecho, es la determinación del inicio de la vida humana. La concepción no es un momento exacto sino consecuencia de actos biológicos previos y consecuentes. Además, la vida, en el estado actual de la ciencia puede surgir de actos similares a la concepción (clonación, fusión embrional, partenogénesis, transferencia nuclear), no directamente de ella. La concepción genera al concebido, el acto biológico determina al sujeto de derecho.

14.2. Reconocimiento judicial del embarazo o parto (art. 2)⁽⁵⁸⁾

El reconocimiento judicial del embarazo o del parto, en términos de Rubio Correa⁽⁵⁹⁾, consiste en pedir al juez que los compruebe de manera que quede prueba en documento público que realmente hubo embarazo, parto o los dos. Además, si bien es cierto que el Código solo le reconoce a

(58) El Código procesal civil de Brasil (1973). “Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação. § 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor. § 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente. § 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro”.

“Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro. Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro”.

(59) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 26.

la mujer el derecho de solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto, sin embargo, al marido (por ejemplo) le asiste el legítimo interés. En efecto, al no ejercer discrecionalmente este derecho la mujer, el marido estaría legitimado para interponer la acción correspondiente.

En este proceso no se admite oposición. El interés es de naturaleza particular y puede ser económica (por ejemplo, asuntos de herencia) o moral (buena reputación)⁽⁶⁰⁾.

14.3. Incapacidad absoluta de ejercicio (art. 43-1)

El concebido no tiene capacidad de ejercicio, es incapaz absoluto de ejercicio ipso iure (art. 42), básicamente por una cuestión de edad (inc. 1), carece de ella.

14.4. Representación legal de los incapaces (art. 45)

Dada su incapacidad, para ejercer sus derechos se requiere de un representante que actúe según las normas referentes a la patria potestad o de la curatela especial, *curator ad ventris*.

Sus derechos e intereses están sujetos a representación. Los representantes pueden ser:

- Ambos padres.
- A falta de padre, será la madre.
- A falta de padres o si existiera conflicto o peligro, será un curador designado por el juez.

14.5. Concepción como un motivo justificado para que menores de edad contraigan matrimonio (art. 241-1)

Nuestro Código prohíbe el matrimonio a los impúberes. Sin embargo, en determinados casos es posible que el hombre o la mujer llenen los requisitos de aptitud física, psíquica y económica antes de alcanzar la pubertad legal, o por motivos justificados (entre ellas la gravidez) hagan necesario el matrimonio de personas que aún no la tienen, el Código ha querido atenuar la regla general con varias concesiones

(60) Ídem.

importantes, que flexibilizan la norma general referente a la edad de la pubertad⁽⁶¹⁾.

14.6. Impedimento matrimonial de la viuda por concepción supuesta (art. 243-3)

Nuestro Código Civil establece en el inciso 3 del artículo 243 que no se permite el matrimonio de la viuda (divorciada o matrimonio invalidado), en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. La finalidad de esta prohibición temporal busca evitar una posible confusión de la filiación de los hijos que vayan a nacer del segundo matrimonio de una viuda celebrado inmediatamente después de su viudez⁽⁶²⁾.

14.7. Improcedencia de la anulación del matrimonio de la menor de edad si ha concebido (art. 277-1)

La convalidación confirmatoria del matrimonio se da por la concepción con base en la teoría de los efectos favorables. Esta convalidación funciona cuando la mujer ha concebido y obedece a dos razones: la necesidad de amparar al hijo y el hecho de que la pubertad efectiva de los esposos deja sin efecto la presunción legal de su impubertad⁽⁶³⁾.

14.8. Improcedencia de la acción de impugnación de paternidad del concebido (art. 365)

Se sustenta en la teoría de los efectos favorables (art.1) tomando en cuenta que, como sujeto de derecho especial, no le conviene quedarse sin padre. Luz Monge⁽⁶⁴⁾ considera que las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la impugnación antes del nacimiento se articulan por cuatro razones: (i) la acción contestatoria se opone a la regla *infans conceptus pro natu habetur*; (ii) las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada, pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento; (iii) la inutilidad de la acción; (iv) la imposibilidad de contestar una filiación inexistente.

(61) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Matrimonio y unión estable*. Tomo II, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2009, p. 211 y ss.

(62) *Ibíd*em, p. 217 y ss.

(63) *Ibíd*em, p. 276 y ss.

(64) MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007, pp. 479 y 480.

Algunos Códigos, como el argentino, permiten la acción de impugnación preventiva de paternidad⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾.

14.9. Reconocimiento del concebido (art. 392, derogado)

Estuvo consagrada *expressis verbis* en el art. 392 *in fine*, artículo derogado pero no por ello deja de ser posible el acto de reconocimiento en mérito de los efectos favorables que genera⁽⁶⁷⁾.

14.10. Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial antes del nacimiento (art. 405)

La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo (art. 405) con base en el interés superior (teoría de los efectos favorables aplicable al concebido, art. 2) o, incluso, luego de muerto el hijo por sus herederos (demandando la abuelidad)⁽⁶⁸⁾.

14.11. Curatela de bienes del concebido (art. 598 y art. 606-7)

Es el caso del *curator ad ventris*. Trata el caso del hijo concebido cuyo padre muere, orfandad parcial esta que determina la calidad de hijo póstumo. Esta curatela tiene por objeto custodiar y conservar los bienes que han de corresponder al que está por nacer –concebido– si el padre falleciere estando la madre destituida de la patria potestad⁽⁶⁹⁾.

14.12. Cesación de curatela de bienes del concebido (art. 617)

La curatela de los derechos del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte *a simili* –también– se extingue la representación del concebido. A partir de dicho momento desaparece la incertidumbre. Si nace muerto, la situación es igual a si no hubiere sido concebido; si nace vivo,

(65) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 250 y 251.

(66) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Derecho e la filiación*. Tomo IV, con la colaboración de Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2013, pp. 289 y 290.

(67) *Ibidem*, p. 250 y ss.

(68) *Ibidem*, p. 278.

(69) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III, con la colaboración de Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2013, p. 574 y ss.

la curatela transitoria de sus derechos debe ser sustituida por la tutela (a no ser que la madre recobre el ejercicio de la patria potestad)⁽⁷⁰⁾.

14.13. Concebido como heredero o legatario (art. 734)

El concebido existe, por tanto es jurídicamente hablando. Su campo de acción legal responde a su calidad de sujeto de derechos de todo tipo de relaciones jurídicas, en la medida que le sean favorables y la herencia –que se vincula con el derecho de propiedad– le merece en toda su dimensión. *Le mort saisit le vif* (el muerto agarra al vivo o el muerto abre los ojos al vivo) principio que se le aplica dimensionalmente al heredero, quien adquiere el patrimonio de forma automática y, el concebido no puede escapar de esta suprema facultad de heredar. El artículo 734 refiere que la calidad de heredero o legatarios debe recaer en persona cierta (debió decir sujeto cierto), lo cual no limita al concebido dado que este es identificable (de indudable individualización).

El concebido, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Código, en tanto sujeto de derecho, posee la inherente capacidad de goce de ser sucesor, no obstante lo cual, por mandato legal, se (restringe) suspende el “ejercicio” del derecho de partición de que gozan los herederos hasta su nacimiento con vida. Esta medida tiene un sentido protectivo de los derechos que posee el concebido, así como de la certeza que se debe tener del hecho de su nacimiento para proceder a una partición.

14.14. Caducidad del testamento por no considerar a un concebido (art. 805)

Es el caso de otorgarse un testamento, y luego surja un heredero forzoso que no tenía en el momento del otorgamiento, se produce la invalidez de la cláusula testamentaria por sobrevenir aquel no considerado en su momento. Este puede ser un cónyuge, un hijo (nacido, concebido o adoptivo), un nieto. Además, se trata también el caso del hijo póstumo, nacido después de la muerte pero concebido antes de la muerte. En este caso, si nace muerto, el testamento no caduca.

(70) Ídem.

14.15. Suspensión de la partición de los bienes de los derechos que comprenden a un concebido (art. 856)

14.15.1. Antecedentes

La importancia de la institución, que es de antigua data con claros antecedentes en el Digesto (lib. XXXVII, tít. IX, ley 1, § 27), determinó que la suspensión de la partición de los derechos patrimoniales del heredero concebido fuera adoptada por códigos civiles clásicos como el de Baviera y el de Prusia⁽⁷¹⁾.

Sin precedentes en el Código del 52, el artículo 856 del Código vigente tiene su antecedente directo en el artículo 789 del Código del 36, cuya redacción es similar, salvo la sustitución del término **heredero no nacido** por el de **heredero concebido**. Su origen en la legislación nacional lo encontramos en los acuerdos adoptados en la 99ª Sesión de la Comisión reformadora del Código Civil de 1852 de fecha 3 de diciembre de 1924. Su redacción responde a la propuesta formulada por el codificador doctor Juan José Calle quien, con referencia a la Sección Cuarta “De la División y Partición de la Herencia” expresa, en el numeral 43, que: “Cuando hubiere de tener en consideración los derechos de un hijo concebido, no se practicará la división hasta que hubiera nacido. En el intervalo y en cuanto que tenga necesidad de alimentos, disfrutará la madre de los bienes indivisos”.

En el *Texto de la Exposición de Motivos y Comentarios al Libro de Sucesiones del Código Civil* de 1984 se reseña, sin mayor explicación ni análisis de dicha figura, que sus fuentes originarias son los Códigos suizo, español, alemán, italiano y colombiano⁽⁷²⁾. Sin embargo, en el Derecho comparado encontramos mayores referencias de esta institución en los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Ecuador y Francia así como en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991.

14.15.2. Partición

Es el acto que **impide o pone fin a la comunidad hereditaria** a través de la distribución entre los coherederos de las titularidades activas

(71) APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo XI, Lima, Taller de Linotipia, 1942, p. 412.

(72) LANATTA GUILHEM, Rómulo E. “Exposición de motivos y comentarios al Libro de Sucesiones del Código civil”. En: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios: Compilación de Delia Revoredo de Debakey*. Tomo V, Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, 1985.

contenidas en la herencia. Se trata de un acto jurídico en el que se da a cada quien lo que legítimamente le corresponde. En razón de ello, los herederos no están obligados a mantener indivisos los bienes. La regla es que debe terminarse con el estado de indivisión. Sin embargo, existen excepciones sobre el particular, unas absolutas (establecidas por el testador) y otras relativas (caso del concebido como heredero).

Al clasificarse la partición de acuerdo al tiempo de su realización la doctrina nacional señala que existe la partición inmediata, mediata y aquella sujeta a suspensión⁽⁷³⁾. En este orden normativo el Código trata acerca de las particiones sujetas a suspensión (artículos 857 y 991) y el artículo *in comento* es uno de los que se suma a dicha enumeración.

En el caso del concebido, la suspensión del acto jurídico de la partición es legal. Emanada del mandato de una norma jurídica aun contra la voluntad de los herederos. Esta disposición se funda en la necesidad de proteger los derechos asignados al concebido desde el instante mismo de su concepción⁽⁷⁴⁾. Esta limitación o restricción del ejercicio del derecho de los herederos a la partición antes de su nacimiento marca la diferencia con las otras particiones tratadas en el Código, las que son voluntarias, *i.e.*, libradas a la decisión de las partes. En nuestro medio, Lohmann sostiene que “lo que se pretende con la obligada continuación de la indivisión es mantener la masa en un statu quo hasta que se sepa si el llamado nace o no. Si nace, bien. Si no, nada habrá de corresponderle”⁽⁷⁵⁾. Por su parte, Lanatta refiere que la norma “subordina al nacimiento la determinación de los derechos sucesorios del por nacer y suspende hasta el nacimiento la partición”⁽⁷⁶⁾.

14.15.3. Concebido como heredero

Pontes de Miranda⁽⁷⁷⁾, que poseía una concepción sustentada en el Derecho Romano y en la clásica doctrina alemana, nos dice que el *nascituro*

(73) FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 709.

(74) RODRÍGUEZ ESQUECHE, Luis Miguel. *Derecho de sucesión hereditaria*. Sin editorial, Chiclayo, 2000, pp. 90 y 91.

(75) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Derecho de sucesiones”. En: *Para leer el Código Civil*. Vol. XVII, tomo III, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 212.

(76) LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derechos de Sucesiones*. Tomo III, Lima, Editorial Desarrollo S.A., 1982, p. 104.

(77) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª edición, Parte general, V, Río de Janeiro, p. 220 y ss.

posee **capacidad sucesoria** lo que se ve reflejada en la normativa brasileña (vide artículos 1718 del Código derogado y el 1799 del vigente). Asimismo, en el artículo 3290 del Código argentino sostiene que “el concebido es capaz de suceder”. El mismo Código argentino complementando la disposición mencionada consagra en su artículo 3733 que: “Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos”. De esa manera, el concebido, como sujeto de derecho, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en titular de deberes y derechos que lo favorecen en distintas situaciones jurídicas subjetivas, *nasciturus pro iam nato habetur quotiens, de eius commodis agitur*.

Sobre la base de la clara e indiscutible categoría de *subjectum iuris*, el concebido posee una inherente capacidad de goce, propia de un ser ontológicamente libre, la que no puede limitarse ni restringirse mediante dispositivo legal alguno. Este criterio es corroborado por el artículo 598, que prescribe que los bienes que han de corresponder al que está por nacer serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad, configurándose así la figura del denominado *curator ad ventris* que trata del caso del hijo concebido cuyo padre muere, orfandad parcial que determina la calidad de hijo póstumo. Esta curatela tiene por objeto custodiar y conservar los bienes que han de corresponder al concebido si el padre falleciere estando la madre destituida de la patria potestad.

El concebido, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Código, en tanto sujeto de derecho, posee la inherente capacidad de goce de ser sucesor, no obstante lo cual, por mandato legal, se (restringe) suspende el ejercicio del derecho de partición de que gozan los herederos hasta su nacimiento con vida. Esta medida, como se ha señalado, tiene un sentido protectorio de los derechos que posee el concebido en cuanto sujeto de derecho, así como tener la certeza del hecho de su nacimiento para proceder a una partición contando con su presencia en tal calidad. Ello no significa, en ningún caso, desconocer su calidad de sujeto de derecho.

Existen autores que discuten la calidad de heredero del concebido, argumentando posiciones contrarias a la denominación dada por el artículo bajo comentario cuando se refiere a **los derechos del heredero concebido**. Se dice que el concebido no hereda mientras no nazca, pues de lo contrario si el concebido fuera heredero y no naciera se convertiría en causante, dejando patrimonio a sus sucesores o en cualquier caso se produciría una

sucesión por transmisión, lo que implicaría que los herederos del concebido tendrían el derecho de aceptar o renunciar la herencia que a este correspondía⁽⁷⁸⁾. Pero el tema es otro, veámoslo así: siendo el concebido un sujeto de derecho es heredero, lo que sucede es que producida su muerte pierde tal calidad. Es decir, si no llega a nacer con vida el nombramiento resulta ineficaz, como si nunca hubiera existido designación en su favor. Este criterio lo fortalecemos con el contexto del artículo 805, inciso 1 del Código Civil cuando, al analizar la institución de la supervivencia de la sucesión testamentaria, dice que el testamento caduca (pierde eficacia) en cuanto a la institución de heredero si el testador deja herederos forzosos que estén concebidos al momento de su muerte.

Para que no quepa duda de que con la muerte del heredero se extinguen sus derechos patrimoniales, incluyendo los sucesorales, en el Proyecto de reforma del artículo 1 del Código, que data de 1997, se aprobó por la Comisión respectiva que, producido el evento de la muerte, los bienes **los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores**. De conformidad con esta redacción aclaratoria del texto del mencionado artículo 1 no existe duda que, producida la muerte del concebido antes o durante el parto, los bienes que había adquirido a título de heredero retornan a la masa hereditaria acrecentándose, de este modo, las cuotas correspondientes a los coherederos. Esta aclaración hubiera sido innecesaria si se hubiese comprendido por todos –y no solo por algunos intérpretes– que, siendo el concebido un “sujeto de derecho”, la condición a que se alude en el artículo 1 del Código no tiene un carácter suspensivo sino, más bien, es resolutoria. Es decir, en otros términos, que la calidad de heredero, que es inherente al concebido por ser “sujeto de derecho” solo se extingue con su muerte y, en esta situación, no se abre ninguna declaratoria de herederos, sino que los bienes adquiridos retornan a la masa hereditaria tal como se ha señalado anteriormente.

A todo ello, se ha pronunciado el Tribunal Registral que: “El concebido puede ser declarado heredero antes o después de su nacimiento en un proceso de sucesión intestada. La sucesión intestada efectuada con anterioridad al nacimiento del heredero concebido, no significa necesariamente una preterición, en la medida que para iniciar un proceso de sucesión

(78) OLAVARIA VIVIAN, Juan. *Cuestiones de Derecho Sucesorio en el Código Civil peruano de 1984*. Escolani, Lima, 1997, p. 238.

intestada se requiere la presentación de la partida de nacimiento, documento del que carece el concebido”⁽⁷⁹⁾.

14.15.4. Suspensión de la partición hasta su nacimiento

Dada la calidad del concebido de sujeto de derecho especial y, más aún, tratándose de la defensa de sus intereses y los de sus coherederos es que la ley establece una excepción en cuanto a la partición de la masa hereditaria. Es así que la presencia del *nasciturus* en la sucesión fija uno de los casos de suspensión *ex lege* del derecho a la división, la que se fundamenta en la incertidumbre sobre el número posible de participantes en la partición del patrimonio sucesoral, que le corresponde en tanto heredero. Ello se justifica bajo el argumento de evitar una nueva división una vez que se haya resuelto aquella situación de incertidumbre⁽⁸⁰⁾, lo que explica el mencionado aplazamiento de la partición⁽⁸¹⁾. Este esquema legal se presenta como una medida precautoria⁽⁸²⁾ *i.e.* que, gozando el concebido de un derecho a la herencia, la misma merece ser protegida en tanto se produzca su nacimiento, allí se encuentra la medida de cautela y defensa.

Una redacción más clara del artículo bajo comentario podría haber sido, en nuestro concepto, la siguiente: **en aquellos casos en que uno de los herederos sea concebido, la partición será suspendida hasta su nacimiento**. Véase que con esta propuesta no es necesario referirnos a la calidad de los derechos, pues de por sí la partición está referida solo a aquellos derechos cuya calidad es la patrimonial. Partiendo de un análisis objetivo, llegamos a la conclusión de que lo que se suspende es el acto jurídico de la partición, de manera que esta no se va a realizar hasta que se produzca el nacimiento con vida. Reiteramos, por lo expuesto, que no debe entenderse por ninguna razón que el artículo bajo comentario implica una limitación a la calidad de “sujeto de derecho”, que posee el concebido ni que la suspensión de la partición está referida a sus “derechos”.

La premisa de trabajo es que el concebido **tiene, posee o goza de derechos patrimoniales** en forma actual desde que es sujeto de derecho. Este goce de derechos, en tanto ser humano, se encuentra bajo **condición**

(79) Oportunidad para la declaración del heredero concebido. SUNARP. Tribunal Registral. Res. N° 725- SUNARP-TR-L, Lima, 14 de noviembre de 2003.

(80) DE CESARE, Giampiero. “La divisione ereditaria”. En: RESCIGNO, Pietro (a cura). *Sucesiones e donaciones*. Vol. II, Cedam, Padova, 1994.

(81) TUHR, Andreas Von. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 382, nota 9.

(82) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 43.

resolutoria. Es decir, si muere durante el proceso de la gestación o en el instante de nacer, como es lógico, deja de ser “sujeto de derecho” y pierde, por consiguiente, los derechos que poseía o gozaba. Lo que ocurre con el artículo 856 es que, sin dejar de ser propietario, de gozar de este derecho, lo que no se puede es realizar el acto jurídico de la partición, pues no es seguro si nacerá con vida. Sería inútil, por ello, anticipar una partición y división.

El artículo 805 señala qué testamento caduca, en cuanto a la institución del heredero, inciso 1. Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento y que vivan; o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos. La presente disposición bajo una interpretación sistemática con el numeral 856 de nuestro Código hace evidente que el concebido tiene existencia desde la concepción en el seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, *i.e.* aptitud para la titularidad de algunos derechos que se adquieren irrevocablemente si nace con vida o se resuelven si tal nacimiento no se produce⁽⁸³⁾.

Espinoza Espinoza⁽⁸⁴⁾ comentando la complementariedad entre los artículos 805 y el 856 del Código menciona que “ambos numerales están en perfecta concordancia con el artículo 1 del Código, que somete la atribución de derechos patrimoniales, derivados del estatus de heredero, a la condición suspensiva de que el concebido nazca vivo”. Para el citado autor, la condición suspensiva del concebido es indudable, esta postura que posee fuertes raíces romanistas como manifestamos reducen la calidad del concebido “a la nada”, a una mera ficción, o posibilidad incierta. Ya lo señalaba Ihering, la ficción “esquiva las dificultades sin resolverlas; no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema”⁽⁸⁵⁾. Para nosotros el concebido es –por antonomasia– sujeto de derecho, por consiguiente tiene capacidad de ser un sujeto de derecho privilegiado, su capacidad opera solo para todo cuanto le favorece.

De acuerdo con un análisis de la situación antes referida tenemos que, en ella se presenta un típico caso en el que existe vocación (llamamiento) sin delación (ofrecimiento), pues se está a la espera que se

(83) SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 49.

(84) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Ed. Rodhas, Lima, 2008, p. 84.

(85) IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho Romano*. Tomo IV, Madrid, 1910, p. 331.

produzca el nacimiento del heredero concebido para proceder a la partición de los bienes, pero nada impide que pueda gozar de la copropiedad de la masa hereditaria. El concebido posee sus derechos desde el momento de la concepción, pero se espera el nacimiento para proceder a otorgar a cada cual lo que jurídicamente le corresponde. Es, por ello, que como efecto práctico del derecho adquirido, la **división de la herencia queda suspendida provisionalmente entretanto se produzca el nacimiento del concebido llamado a la sucesión (Villafuerte⁽⁸⁶⁾)**. En igual sentido, Fernández Arce sostiene que “se sobreentiende que la suspensión [de la partición] durará hasta que el concebido nazca ‘vivo’ o que en el periodo de gestación, la madre aborte. Constituye requisito indispensable para tener derecho a heredar la existencia del heredero, lo cual supone la coexistencia con el causante de la herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos”⁽⁸⁷⁾, así como Lohmann cuando menciona que: “La razón es sensata: no tiene sentido efectuar una partición con la consiguiente adjudicación de elementos patrimoniales al sujeto que está por nacer, cuando puede ocurrir que el embarazo se frustre, lo que originaría una ulterior participación de aquello que se le hubiera adjudicado. Lo que, dicho sea de paso, podría conducir a distorsiones pues del *nasciturus* sería heredero la madre no obstante que ella, acaso, no tendría derechos sucesorios si el concebido no llega a nacer con vida”⁽⁸⁸⁾.

El Código Civil español trata otras situaciones, aparte del nacimiento del concebido, en los que se puede realizar la división como es el caso del aborto y la verificación de que la viuda no está gestando. Así, el artículo 966 del Código español establece que: “La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta”. Por su parte, el artículo 715 del Código italiano permite expresamente que el juez, previa cautela de los derechos del concebido, autorice la partición caso en que la misma estará sujeta a condición resolutoria en razón de la existencia de algún nuevo heredero (De Cesare⁽⁸⁹⁾). De otro lado, cabe señalar que

(86) VILLAFUERTE CLAROS, Armando. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I, Parte General, La Paz - Bolivia, Imprenta Riverijos Ltda., 1993, p. 343.

(87) FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil. Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2003, p.1264.

(88) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Ob. cit., p. 212.

(89) DE CESARE, Giampiero. Giampiero “La divisione ereditaria”. En: RESCIGNO, Pietro (a cura): *Sucesiones e donaciones*. Vol. II, Cedam, Padova, 1994.

el artículo 966 del Código español indica que “(...) el administrador podrá pagar a los acreedores, previo mandato judicial”.

Sobre la base de los argumentos antes expuestos es que el artículo 856 consagra la figura del hijo póstumo (*posthumus*) –aquel cuyo padre muere estando concebido– teniendo este el derecho a recibir la porción hereditaria que le correspondería si hubiese nacido antes de la muerte de su padre⁽⁹⁰⁾.

14.15.5. La madre y el goce de los derechos hereditarios

No hay nada que beneficie más directamente al concebido, que el bienestar de su gestante lo que conlleva que la misma tenga la facultad de valerse de los bienes materia de la herencia de aquel siempre que lo requiera, si necesitase ser asistida.

Por su trascendencia, se trata de un derecho que corresponde al hijo concebido pero que la madre ejercita estos derechos en su nombre y bienestar. De allí que, como indica el artículo 233 del Código Civil colombiano, la madre no estará obligada a restituir lo que se le hubiere asignado a menos que se probase que procedió de mala fe (por ejemplo, un supuesto embarazo).

14.15.6. Casos especiales

El artículo 856 permite la generación de situaciones especiales que, si bien no están tratadas de manera expresa en el supuesto de la norma, pueden desprenderse de un análisis objetivo de la misma.

Los casos en mención son los siguientes:

- a) La posibilidad que mediante autorización judicial se obtenga la partición de los derechos patrimoniales del concebido, con la cautela correspondiente de los intereses de las partes sucesibles. La referencia está en el artículo 715 del Código Civil italiano y en el boliviano artículo 1235 - II. Este último permite que “si median circunstancias que hagan conveniente la división antes de cumplirse estos hechos, el juez puede autorizarla fijando las cautelas necesarias”, de esta manera si bien los impedimentos para la división son comprensibles, estos pueden salvarse mediante cautelas y obtener la autorización

(90) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y personas*. Tomo I, 15ª edición actualizada, Ed. Temis, Colombia, 2000, p. 316.

judicial para proceder a la división (Morales Guillén⁽⁹¹⁾). Para llevar a la práctica esta propuesta podemos sustentarla en el artículo 987 del Código Civil peruano.

- b) Que los coherederos del concebido puedan adquirir la herencia, no la libre gestión, de una manera provisional. Para mayor referencia véase el artículo 965 del Código español, que exige la seguridad y administración de los bienes de la herencia en tanto se produzca el nacimiento del heredero.
- c) El que se puedan cumplir con las obligaciones del *de cuius* previa decisión judicial y en resguardo de los intereses de los herederos (art. 966 del Código Civil español).
- d) La situación del *concepturus* (aquel que habrá de ser concebido) debería ser tratada en este artículo, tal como lo hace el Código Civil italiano, en el sentido de que si se trata de un *concepturus* se podrá entregar a los coherederos los bienes materia de la herencia por disposición judicial y siempre que se cautele los intereses del *concepturus* (art. 715 Código civil italiano). O como refiere el *Code* francés que el **hijo todavía no concebido en el momento de la donación-partición dispondrá de una acción semejante para satisfacer o completar su legítima** (art. 1077-2).
- e) Los embriones crioconservados, que por ser concebidos y, por tanto, sujetos de derecho, tienen vocación hereditaria por lo que debe aplicárseles también la limitación legal de la partición de sus derechos patrimoniales. Claro que la situación aquí sería más complicada (el caso normal del plazo para la partición del concebido *in utero* es determinada, máximo será de 300 días) pues en la hipótesis del concebido *ex utero* la espera sería un plazo indeterminado, situación que sí perjudicaría los intereses de los demás herederos. Frente a ello se debe establecer un tiempo para su implantación, o mejor dicho para la transferencia del embrión al útero de la madre, a efectos de que su gestación implique el momento del cómputo del plazo de la suspensión de la partición de sus derechos patrimoniales.

(91) MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil. Concordado y anotado*. Tomo II, 3ª edición, Editorial Gisbert, La Paz, 1991, p. 1576.

15. TRATAMIENTO DEL CONCEBIDO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En nuestro medio las principales normas que tratan al concebido son:

15.1. Constitución Política

Cuando refiere que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (art. 2, inc. 1 *in fine*) y al indicar que es deber del Estado mantener la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44).

15.2. Tratados de DD.HH. y concebido

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, considera en su artículo 4. Derecho a la Vida que: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran a la vida como un derecho, vetando indirectamente el aborto.

15.3. Ley de política nacional de población⁽⁹²⁾

La política nacional de población garantiza los derechos de la persona humana a la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción (inc. 1 del art. IV).

15.4. Ley General de la Salud

En su art. III del Título preliminar dice que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

15.5. Código de los Niños y Adolescentes

Es más detallista y dice en sus normas preliminares (art. I): “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los

(92) DL. N° 346 (DOEP, 05/07/1985).

doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”. Asimismo, (art. 1).- “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

15.6. Código Penal

Trata y tipifica el aborto y las denominadas lesiones al concebido.

Este último delito fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 27716⁽⁹³⁾ y presenta la siguiente descripción típica: “Artículo 124 A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.

El tipo penal se refiere a las lesiones al concebido, denominación acorde con los criterios y principios civiles.

En el campo penal se considera (mayoritariamente) que la vida empieza con la anidación –no con la concepción– cuando luego de 14 días (aproximadamente) de la fecundación, el óvulo fecundado se adhiere al útero, momento en que empieza la vida. Esto lleva a la (aparente) distinción entre el **concebido** –que se inicia con la concepción y termina con la anidación– y el **feto** –que se inicia con la anidación y termina con el nacimiento–.

Desde este punto de vista, agrega Portocarrero que “la atención penal se concreta al feto”⁽⁹⁴⁾, en la medida que “se requiere, para una efectiva aplicación de la norma penal, la posibilidad de vida cierta y ello (...) se da con la anidación”⁽⁹⁵⁾, considerando al feto como titular de bienes jurídicos protegidos, mas no al concebido.

Este delito, a pesar de estar situado como un anexo de un delito culposo, es un delito doloso, que debería estar contemplado preferentemente

(93) Promulgada el 07/05/2002 y publicada el DOEP, 08/05/2002.

(94) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delito de lesiones*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 164.

(95) *Ibidem*, p. 165.

en un capítulo especial admitiendo, además, su forma culposa de comisión ya que es la conducta más usual en nuestro medio.

La conducta típica, señala el doctor Portocarrero “está vinculada al delito de aborto, quedando la conducta en tentativa (aborto frustrado) que termina en causar lesión sin producir la muerte”⁽⁹⁶⁾. Esto si el dolo con el que se realiza la acción típica abarca la conciencia y voluntad de atentar contra la vida del feto. Como dice García Cantizano: “(...) en caso que se pudiera determinar claramente la intención abortiva del sujeto, corresponde necesariamente sancionar el hecho como delito de aborto en grado de tentativa; pero si esta intención no pudiera determinarse claramente, habrá que afirmar que la calificación correcta sería la de lesiones al concebido”⁽⁹⁷⁾.

15.6.1. Estructura del tipo penal

Bien jurídico protegido

Tratándose de un delito de lesiones, se protege la salud.

Sujetos

El sujeto activo puede ser cualquier persona, inclusive la propia gestante.

El sujeto pasivo es el concebido.

Acción típica y antijurídica

El tipo penal se refiere a **causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido** lo que nos remite a las lesiones graves, leves y aquellas con resultado fortuito cuya tipicidad subjetiva tiene como contenido al dolo, mas no a las lesiones culposas ya que la lesión al feto es dolosa.

Este tipo penal trata de las lesiones de cualquier gravedad que puedan ocasionarse al feto a través de cualquier medio, siendo el juez quien aprecie la gravedad en el momento de aplicar la pena.

La acción típica comprende dos clases de lesiones: la primera es la **lesión en el cuerpo** que “se limita a ocasionar deformaciones, tanto en el

(96) *Ibidem*, p. 176.

(97) GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “El nuevo delito de lesiones en el concebido”. En: *Actualidad jurídica*. Publicación de la Gaceta Jurídica, Lima, N° 103, 2002, p. 76.

aspecto externo, como interno del feto, tanto en la etapa de formación como en la etapa desarrollada⁽⁹⁸⁾ y la otra es **la lesión, daño o menoscabo, tanto en la salud como en el funcionamiento de los órganos**; que puede prolongarse luego del nacimiento, sin dejar de ser tipificada la conducta como lesiones al feto⁽⁹⁹⁾. Se entiende que la afectación a la salud puede ser grave para su formación y evolución y puede ocasionarle trastornos irreparables que influirán en forma negativa en su vida fuera del vientre materno.

Tipicidad subjetiva

La lesión al concebido tiene como contenido de su tipicidad subjetiva: el dolo, habiendo el legislador omitido, la forma culposa. No obstante, es difícil encontrar una conducta de lesiones al concebido con dolo de lesionar directo, indirecto y eventual. Cabe resaltar que en la práctica médica es factible el llamado **error de tipo**, que puede llevar a las lesiones al concebido o la provocación de enfermedades fetales.

Como se sabe, el error de tipo excluye o elimina el dolo de la acción.

Tentativa

Como delito doloso y de resultado, se admite la tentativa, la que es posible cuando se realiza el comportamiento orientado a lesionar y no alcanza su objetivo.

Consumación

El delito se consuma con la lesión, con el daño que ocasiona el agente en el cuerpo o en la salud del concebido. No es necesario esperar al nacimiento para dar por consumado el delito, el avance de la ciencia permite detectar su comisión antes.

Pena

La pena a aplicarse es privativa de libertad no menor de un año, ni mayor de tres años. El juez puede variar la pena dentro del límite, de acuerdo con la gravedad y proyección de la lesión hasta la etapa posterior al nacimiento. Acerca de la sanción penal, Portocarrero opina que se ha omitido independizar la conducta del médico, el cual de ser el caso, debe

(98) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Ob. cit., p. 173.

(99) *Ibidem*, p. 178.

hacerse acreedor a una inhabilitación⁽¹⁰⁰⁾. Fernández Sessarego⁽¹⁰¹⁾ sostiene que si bien la ley representa un avance en la legislación protectora del concebido, la pena establecida debería ser mayor.

15.7. Ley de Trabajo de la Obstetriz⁽¹⁰²⁾

Denomina el concebido como el **que está por nacer**, art. 8, a.

15.8. Decreto Supremo N° 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002), Reglamento de la Ley N° 27604⁽¹⁰³⁾

Respecto de la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en caso de emergencias y partos, dice: “En el caso de las emergencias obstétricas se incluye la atención del concebido o niño por nacer, a fin de proteger su vida y su salud”.

15.9. Resolución de Gerencia General N° 248-GG-ESSALUD-200112.3.4. Aprueban Directiva “Normas Complementarias al Reglamento de Pago de Prestaciones Económicas”⁽¹⁰⁴⁾

Considera como situaciones especiales para otorgar la prestación económica (8.2.4.) cuando el parto se produce después de la semana 30 y no es necesario que el concebido nazca vivo (a). También se tiene derecho a percibir prestaciones económicas por maternidad, cuando el parto se produce entre la semana 22 y la semana 30 de gestación, solo si el concebido nace vivo y sobrevive más de 72 horas (b).

16. CONCEPTURUS

16.1. Concepto

La voluntad de una persona puede tener como finalidad otorgar derechos a quien aún no ha sido concebido, sin existencia física, solo ideal. Beneficiar a través de un acto de última voluntad **a un ser sin ser**. Sin siquiera ser goza ya. Frente a ello, el Derecho busca preservar la idea, creencia,

(100) Ídem.

(101) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, 2011, p. 351.

(102) Art.8 a), L. 27853.

(103) Artículo 3, numeral 3.4 del D.S. N° 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002), Reglamento de la L. N° 27604 que establece la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en casos de emergencias y partos (modifica la Ley General de Salud, L. 26842).

(104) DOEP, 06/08/2011.

pensamiento y voluntad que se tiene respecto de quien aun no habiendo sido concebido, sin existencia real, puede ser beneficiario de derechos patrimoniales vía testamentaria.

El *concepturus* es una subcategoría del concebido, una forma derivada de sujeto de derecho en estado preconcepcional.

Su fundamento es la voluntad de otorgar derechos a quien no ha sido concebido.

16.2. Denominación

- *Concepturi.*
- *Concepturus.*
- *Nondum conceptis.*
- *Nondum conceptus.*

La doctrina brasileña lo llama prole eventual, los italianos *non concepito* y en España con Lasarte⁽¹⁰⁵⁾, futurible.

Así también:

- Concebido futuro.
- Generación futura.
- Personas por concebir.
- Descendencia deseada.
- Heredero instituido pero no concebido

16.3. Definición

Herederos potenciales aún no existentes pero contemplados por el testador⁽¹⁰⁶⁾. Es quien es –por decisión de un tercero– sin serlo física ni

(105) LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 155.

(106) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 1521.

biológicamente termina existiendo en el mundo legal. Herederos potenciales aún no existentes pero contemplados por el testador⁽¹⁰⁷⁾.

Es parte de la idealización de una persona quien decide beneficiar a un ser que todavía existe, ni física ni biológicamente, atribuyéndole relaciones jurídicas válidas sujetas, en algunos casos, a determinada modalidad, plazo o cargo.

El *concepturus* es una institución propia del Derecho sucesorio, básicamente del Derecho testamentario, que confiere a quien no existe una *vocatio hereditatis*, i.e. derecho a ser heredero o legatario.

16.4. Características

Consideramos que las notas que diferencian e identifican al *concepturus* son:

- **Fuente de idealización**

El sujeto como tal no existe. Está, solo, en la mente, en la idea, en el pensamiento de quien quiere conferirle derechos patrimoniales.

- **Inexistencia de vida**

Es una esperanza de vida - *spes hominis* (en su pleno significado) al no tener la certeza que vaya a ser concebido. Está por serlo, existe una voluntad pero falta el ejercicio para que surja el concebido.

- **Acto de liberalidad**

La persona libre y voluntariamente decide conferir relaciones jurídicas a un ser que aún no existe. Tan libre es una persona que ejerce su voluntad disponiendo su patrimonio en razón de un quién será (en su momento).

- **(In)Certidumbre**

La certeza está en la existencia de una herencia siendo lo incierto el sujeto, el futuro heredero.

(107) Ídem.

- **Capacidad testamentaria**

El *concepturus* se caracteriza por conferir una capacidad testamentaria pasiva (*testamenti factio*) a los hijos aún no concebidos de las personas indicadas por el testador.

- **Sujeto a un plazo**

Algunas legislaciones sujetan, por seguridad jurídica, el cumplimiento de los efectos a un plazo, esto con la finalidad de no dejar a la expectativa eterna los demás herederos, perjudicando su participación en la masa hereditaria.

Los autores Lima, Carvalho y Lira⁽¹⁰⁸⁾ presentan las siguientes características del *concepturus*:

- **Pendencia**

El *concepturus* al no poder, tener, gozar y hacer suyo lo conferido (sea una donación, legado o seguro de vida), dicha ventaja –como dice Larroumet⁽¹⁰⁹⁾– es adquirida no directamente; la suma de dinero o bienes al no poder serle entregada permanece en el patrimonio del tercero (donante, legador, asegurador) hasta cuando el beneficiario reclame su ejecución, lo que no podría al no ser concebido, se trata de la aplicación del mecanismo de estipulación por otro, estipulación a favor de tercero.

- **Personalísimo**

Las disposiciones no pueden ser delegadas al arbitrio de un tercero.

- **Negocio jurídico unilateral**

Es perfeccionado con la materialización a través del cumplimiento de la voluntad del testador y la producción de los efectos por este deseado y tutelados por el orden jurídico.

- **Solemne**

Está revestido de solemnidad para su validez, no pudiendo sus disposiciones ser postergadas, so pena de nulidad del acto. La excesiva

(108) LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de; LIRA, Daniel Ferreira de. “O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças”. En: *Âmbito Jurídico*, Río Grande, XV, N. 103, ago 2012. 31/03/2013.

(109) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 228.

formalidad busca asegurar la autenticidad y liberalidad del testador, bien como llamar la atención al autor de la seriedad de la herencia y del acto que está llevando a cabo.

- **Gratuito**

No busca obtener ventaja del testador, esa gratuidad es, efectivamente, la esencia del acto. Un acto de gratuidad, como agregáramos, *in extremis*.

- **Revocable**

No cumplidas las disposiciones contenidas en la legislación pertinente la herencia retorna para ser repartida entre los herederos o, en su caso, declara la herencia yacente.

16.5. Naturaleza jurídica

La doctrina desarrolla el estatus del *concepturus*, solo trata de una manera genérica su desarrollo teórico, dentro del cual podemos identificar las siguientes teorías:

- **Acto de liberalidad**

Está, total y absolutamente, sometido a la voluntad de una persona; no surge de la ley, siendo un acto sustentado en la libertad personal de quien decide favorecer patrimonialmente a aquel que irá a ser concebido.

- **Institución del Derecho de sucesiones**

Es una institución típica del Derecho de sucesiones, en especial de la sucesión testamentaria al determinar una participación en la masa hereditaria.

- **Sujeto de derecho**

El *concepturus* es un sujeto de derecho que merece un tratamiento acorde con su esencia de sujeto de derecho, titular de relaciones jurídicas. Estas, para que se cumplan, quedan sujetas a que se produzca la concepción y el correspondiente nacimiento.

- **Acto de disposición patrimonial**

Atribuir un derecho patrimonial a un futuro ser humano.

Espinoza Espinoza nos dice que: “La naturaleza jurídica del *concepturus* reside en la vinculación de un bien jurídico a un titular futuro, por

lo cual, la *ratio essendi* del *concepturus* se encuentra en el acto de disposición del que quiere atribuir un determinado derecho a un futuro ser humano. El *concepturus* puede llegar a ser concebido o no, pero lo que siempre ha existido es el acto de liberalidad”⁽¹¹⁰⁾.

16.6. Posiciones acerca de la existencia y viabilidad jurídica a nivel local

De la doctrina clásica podemos encontrar las siguientes posiciones:

- **Posesión restrictiva**

Echecopar⁽¹¹¹⁾ ya nos decía, sustentándose en la clásica doctrina francesa de Planiol, que la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta (conforme lo dispone el art. 734 del Código) por lo que no cabe herencia a favor de personas inexistentes, porque no hay sujeto de derecho para recibirlas o para transmitir las a un tercero, es por ello que se excluye a quienes no están concebidos en el momento del fallecimiento del causante, así como también a los muertos. En el mismo sentido, Cornejo Chávez⁽¹¹²⁾ concluye que nuestro Código no reconoce esta figura dada su complejidad. Asimismo, en esta línea y más reciente, Augusto Ferrero⁽¹¹³⁾ sostiene, apoyándose en Manresa-Navarro y Messineo, que el *concepturus* no hereda.

- **Posesión permisiva**

Emilio Valverde⁽¹¹⁴⁾ dice que el *concepturus* considerado como heredero no es necesariamente incierto, puesto que dicha calidad de acuerdo al derecho sucesoral moderno se refiere a la indeterminabilidad de la persona instituida como heredero, por no ser posible individualizarla con base en los elementos suministrados por la disposición testamentaria.

(110) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª edición, Ed. Huallaga, Lima, 2001, p. 33.

(111) ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. (obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García), Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 47. La primera edición de esta obra es de 1950 (Lima, Empresa Gráfica Sanmartí, p. 35) y la opinión citada es exacta.

(112) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de sucesiones*. Curso Universitario, Lima, 1959, pp. 10-13. Citado por FERNÁNDEZ ARCE, César y ZAMBRANO COPELLO, Verónica. *Derecho de sucesiones*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 106.

(113) FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 173.

(114) VALVERDE, Emilio. *El derecho de sucesiones en el Código Civil peruano*. Talleres Gráficos del Ministerio de Guerra, Lima, 1951, p. 349.

- **Posición intermedia**

Guillermo Lohmann⁽¹¹⁵⁾ dice que nuestro Código Civil ni admite ni rechaza la posibilidad de instituir a un *concepturus* como heredero o legatario, siempre y cuando exista un plazo para superar la incertidumbre del momento a ser engendrado y que se produzca su nacimiento con vida.

En este sentido, consideramos que por determinado que sea, es posible adjudicar derechos a aquel ser humano que no existe.

16.7. Derecho comparado

En el Derecho comparado su tratamiento es diverso, sin uniformidad.

16.7.1. Sistemas permisivos

Alemania (arts. 1913, 2162)⁽¹¹⁶⁾, nombramiento de curador para el no concebido declarado heredero. Plazo para concebir al *concepturus* es de 30 años.

- **Bolivia** (arts. 663,1008, III y 1122), el *concepturus* puede ser donatario, heredero, legatario.
- **Brasil** (1799-1)⁽¹¹⁷⁾: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder (...) os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”⁽¹¹⁸⁾.
- **Colombia** (art. 1019)⁽¹¹⁹⁾ indica que es sujeto de derecho sucesorio, estableciéndose un plazo máximo de 10 años subsiguientes a la apertura de la sucesión para su existencia física.

(115) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*, Vol. XVII, T.I, PUCP, Lima, 1992, p. 49.

(116) Aclara von Tuhr que el Código Civil alemán refiere en el artículo 1921 a los “derechos futuros”, en cambio para la validez de los legados a favor de persona futura, el artículo 2109 determina que el favorecido sea procreado antes que transcurran los 30 años desde la apertura de la sucesión (vide *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I^o, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 381, nota 3 y en p. 382, nota 9, respectivamente).

(117) Antecedente en el 1916 “art. 1.718 do Código Civil de 1916, *in verbis*: “São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão”.

(118) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código civil comentado*. 9ª Edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.1521.

(119) Dice Arturo Valecia Zea: “Es necesario distinguir entre la asignación dejada directamente al concebido y la dejada a una persona futura, sin tener en cuenta si está o no concebida. En el

- **Italia** (arts. 643, 715), lo considera heredero y se suspende la división de los bienes materia de herencia.
- **Venezuela** (arts. 925, 840, 1443), lo considera heredero o donatario.

16.7.2. Sistemas restrictivos

Entre los códigos que niegan expresamente la posibilidad de heredero al *concepturus* tenemos:

Argentina, al indicar que el que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle (art. 3290)⁽¹²⁰⁾.

16.7.3. Sistema contemporáneo

La institución del *concepturus* viene adquiriendo mayor relevancia jurídica como consecuencia general de las técnicas de reproducción asistida y en especial de la criopreservación de gametos que terminan siendo producto de actos de disposición que contiene una esperanza de vida.

- **Francia**, es un caso especial. Refiere el Code que para suceder es necesario existir al momento de la sucesión, es incapaz de suceder el que aún no ha sido concebido (art. 725, inc. 1)⁽¹²¹⁾.

primer caso se aplica el artículo 93; no así en el segundo. En esta forma, el legado dejado al concebido tiene eficacia si este nace con vida, mas queda sin efecto si nace muerto. Pero el legado dejado al primer hijo que nazca de determinado matrimonio, se rige por el artículo 1019 y no por el 93. Este legado valdrá y lo recogerá el primer hijo que nazca con vida, aunque no estuviera concebido al abrirse la sucesión del causante, y caducará si pasa el tiempo indicado en el artículo 1019 (3er párrafo)". VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y personas*. Tomo I, 15ª edición actualizada, Ed. Temis, Colombia, 2000, pp. 316 y 317.

(120) Zannoni, siguiendo a Rébora y a Fassi, nos dice que quien no está concebido en el momento de la apertura de la sucesión es un no-sujeto por lo que estamos frente a un caso de inexistencia de sucesores más que de incapacidad para suceder (ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. 3ª edición ampliada y revisada, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, p. 157). El Proyecto de Código Civil argentino (2000) limita al *concepturus* en cuando redacta "Artículo 2193.- Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) Las ya concebidas al momento de la muerte del causante que nazcan con vida; (...)"

(121) Sin embargo, el artículo 1077-2 del Code (introducido por la Ley N° 71-523 del 3 de julio de 1971 art. 11 Diario Oficial del 4 de julio de 1971 en vigor el 1 de enero de 1972) indica que: "Las donaciones-particiones se rigen por las reglas de las donaciones entre vivos en todo lo que concierne a la imputación, el cálculo de la legítima y la reducción. La acción de reducción solo podrá ejercitarse tras el fallecimiento del ascendiente que hubiera hecho la partición o del superviviente de los ascendientes en caso de partición conjunta. Prescribirá a los cinco años desde dicho fallecimiento. El hijo todavía no concebido en el momento de la

Pero, como refiere Larroumet⁽¹²²⁾, la ley prevé la posibilidad de hacer nacer derechos en beneficio de niños eventuales que no han sido aún concebidos, en especial el Código de seguros (art. 1, 138-8) admite la posibilidad de adquirir un seguro de vida en beneficio de eventuales hijos. (...) Pero se trata de excepciones, tomando en cuenta que de manera general, ante la ausencia de concepción resulta imposible hacer nacer un derecho en beneficio de persona física⁽¹²³⁾.

16.8. Actualidad

La institución de la *concepturus* está fortalecida por la institución de las generaciones futuras, con base legal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras⁽¹²⁴⁾ y la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales sobre las Generaciones Futuras⁽¹²⁵⁾, así también como con la crioconservación de gametos y embriones.

donación-partición dispondrá de una acción semejante para satisfacer o completar su legítima.”
Situación que por otro lado acepta la calidad de heredero al concepturus.

(122) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 227.

(123) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 228.

(124) UNESCO, 145ª reunión, París, 22/09/1994.

(125) UNESCO, 29ª reunión, París, 12/11/1997.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo XI, Taller de Linotipia, Lima, 1942.
- AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011.
- CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España, Parte general*. Tomo I, Madrid, 1955.
- CATALANO, Pierangelo. “Los concebidos entre el Derecho Romano y el Derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil peruano de 1984)”. En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Cuzco, Lima, 1986.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de sucesiones*. Curso Universitario, Lima, 1959.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
- DE CESARE, Giampiero. “La divisione ereditaria”. En: RESCIGNO, Pietro (a cura): *Sucesiones e donaciones*. Vol. II, Padova, CEDAM, 1994.
- ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de sucesiones*. (Obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Echecopar García), Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 3ª edición, Ed. Huallaga, Lima, 2001.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición, Ed. Rodhas, Lima, 2008.
- FERNÁNDEZ ARCE, César y ZAMBRANO COPELLO, Verónica. *Derecho de sucesiones*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
- FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil: Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 12ª edición. Ed. Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, 2011.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. 6ª edición. Grijley, Lima, 2002.
- FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. *Derecho Civil de la persona*. Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2001.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “El nuevo delito de lesiones en el concebido”. En: *Actualidad jurídica*. Publicación de la Gaceta Jurídica, N° 103, Lima, 2002.
- IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho Romano*. Tomo IV, Madrid, 1910.
- LANATTA GUILHEM, Rómulo E. “Exposición de motivos y comentarios al Libro de Sucesiones del Código Civil”. En: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios: Compilación de Delia Revoredo de Debaquey*. Tomo V, Lima, Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada, 1985.
- LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derechos de Sucesiones*. Tomo III, Editorial Desarrollo, Lima, 1982.

- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de y LIRA, Daniel Ferreira de. “O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças”. En: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, N° 103, ago 2012. 31/03/ 2013.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte general*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Vol. XVII, T.I, PUCP, Lima, 1992.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português. I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 1, 1ª edición, Bookseller, Campinas, 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte general*. 3ª edición, V., Rio de Janeiro,
- MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, abril, 2011.
- MONGE TALAVERA, Luz. “Prohibición de negar al hijo por nacer”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil. Concordado y anotado*. Tomo II, 3ª edición, Editorial Gisbert, La Paz, 1991.

- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. “Derecho de la madre a sepultar a su feto”. En: *Actualidad jurídica*. N° 239, octubre 2013.
- NATOLI, Ugo. *L' amministrazione dei beni ereditari* 2, I, Milano, 1968.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- OBREGÓN ÁLVAREZ, Alejandro E. *La persona humana: problemas bioéticos y biojurídicos actuales*. En: <<http://www.uaq.mx>>, julio 2012.
- OLAVARIA VIVIAN, Juan. *Cuestiones de Derecho Sucesorio en el Código Civil peruano de 1984*. Escolani, Lima, 1997.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delito de lesiones*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003.
- RODRÍGUEZ ESQUECHE, Luis Miguel. *Derecho de sucesión hereditaria*. Sin editorial, Chiclayo, 2000.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esboço*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, Río de Janeiro, 1952.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TOBÍAS, José W. “El derecho a la vida de la persona por nacer”. En: *La Ley*. Año LXXI, N° 198, martes 16 de octubre de 2007.
- TUHR, Andreas Von. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: Contribuciones para un Código Civil tipo en materia de Personas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.

- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.
- VALVERDE, Emilio. *El Derecho de sucesiones en el Código Civil peruano*. Talleres Gráficos del Ministerio de Guerra, Lima, 1951.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Derecho de la filiación*. Tomo IV, con la colaboración de Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2013.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Matrimonio y unión estable*. Tomo II, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, 1ª edición, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- VILLAFUERTE CLAROS, Armando. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, Parte General, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1993.

CAPÍTULO TERCERO

PERSONA NATURAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Etimología. 3.1. *Per-sonare*. 3.2. *Phersu*. 3.3. *Personatus*. 3.4. Otras etimologías. 3.5. Evolución de la terminología. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Teoría formalista. 8.2. Teoría realista. 8.3. Teoría ecléctica. 8.4. Teoría tridimensional. 9. Clases. 10. Inicio. 10.1. Teoría de la concepción. 10.2. Teoría de la viabilidad. 10.3. Teoría del nacimiento. 10.4. Teoría de la inscripción. 11. Fin.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho fue creado **por** y **para** el hombre. Es el máximo protagonista, el actor principal de esta representación social que es la vida.

La persona es un *prius* para el Derecho, una categoría ontológica y moral, no meramente histórica o jurídica⁽¹⁾, es el centro de gravedad de todo ordenamiento jurídico democrático⁽²⁾. Su juridización busca ofrecerle una protección y directa seguridad. El ser humano se personifica, se tecnifica. Esta le da forma y le ofrece un lugar, digno y merecedor.

Así lo considera el artículo 1 de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, este enunciado, a decir de Fernández Sessarego⁽³⁾, es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas constitucionales y todas aquellas que conforman el ordenamiento jurídico del país, además, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho.

2. ANTECEDENTES

La persona no empieza con el Derecho.

Es una realidad que existe fuera del Derecho y antes de él⁽⁴⁾. Las personas físicas o seres humanos constituyen un dato anterior, preexistente

(1) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 21.

(2) CARRASCO PEREA, Angel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 66.

(3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Defensa de la persona”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2013, p. 43.

(4) LETE DEL RÍO, José Manuel. Ob. cit., p. 20.

y trascendente para el Derecho⁽⁵⁾. Sin el hombre y vida social el Derecho no existiría⁽⁶⁾, carecería de razón de ser. La persona es la base de la sociedad, y esta –con las relaciones que contiene– objeto de regulación jurídica.

El Derecho es lo que es por la necesidad de la persona. Porque tiene un protagonista, el ser humano, y un conjunto de objetos que le circundan y envuelven que requieren de regulación.

Normalmente, los estudios asocian los orígenes del Derecho al mercado, el trueque y la propiedad. Las ideas que se impusieron, en términos normativos, fueron el contrato y la propiedad. El surgimiento del concepto de persona fue más lento, de a pocos se fue dando; y es que, la persona exigía de una fuerte abstracción, una serie de contraposiciones que la Historia fue determinando⁽⁷⁾. Primero se estructura la teoría de la persona y, luego, la teoría de sujeto de derecho. En sus orígenes, persona fue sinónimo de sujeto de derecho hasta que terminan siendo dos instituciones diferentes, la *spes* y el *genus*. Pontes de Miranda⁽⁸⁾ nos dice que rigurosamente debe tratarse a la persona para después de tratar a los sujetos de derecho, porque ser persona es apenas la posibilidad de ser sujeto de derecho, ser sujeto de derecho es estar en posición de ser titular de relaciones jurídicas.

Partiendo de que el hombre es el único ser capaz de actuar bajo un margen de libertad, el Derecho resulta necesario para reglamentar dicha independencia y autodeterminación, mas no para anularla. Así, la persona fue ganando su sitio, un lugar preferencial. El Derecho va normativizando la vida humana, la conducta del individuo, sus acciones y consecuencias. Es de esa forma y a través de ella que se va creando la teoría jurídica de la persona.

(5) LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 148.

(6) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, p. 229.

(7) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 28 y 29.

(8) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 207.

3. ETIMOLOGÍA

El etimo de persona no es unánime y, además su origen es dudoso⁽⁹⁾. Se discute si viene del etrusco, griego o latín, pero lo que sí es cierto es que no es un término creado por el Derecho. Del teatro, la palabra persona pasó a la filosofía para designar al hombre y de ahí saltó al Derecho para identificar al sujeto de los deberes y las facultades jurídicas⁽¹⁰⁾.

Sea cual fuese su origen, es evidente que su significado es diverso del que en la actualidad se le atribuye de modo general. Lo cierto es que no se trata de un término de origen jurídico, creado por el Derecho, a pesar de que este necesitaba de una terminología propia para identificar al hombre solo pudo tomarlo prestado, hasta llegar a apropiárselo, de las artes dramáticas.

Diversas teorías sostienen sus posiciones.

3.1. *Per-sonare*

Es un verbo *personare*. *Per-sonare*, sonar a través de; resonar.

Vocablos etruscos que representan la máscara utilizada en el teatro.

La máscara cumplía una doble función. Caracterizar a cada personaje y ampliar su voz en el escenario. Confería identidad y sonoridad. El personaje tenía dos elementos: **Actor** (individuo, sustrato real) y **Máscara** (forma ideal, caracterización), el personaje como actor con la máscara (sustrato real con el ideal)⁽¹¹⁾. En Grecia y Roma se llamaba persona a la máscara con la boca abierta, provista de láminas metálicas para dar mayor y mejor sonoridad a la voz en el teatro.

Significa la careta, papel representativo, carácter y, finalmente, persona. Ciertamente que entre los latinos el sentido originario de persona fue la *larva histrionalis*, careta que cubría la faz del autor cuando recitaba en escena, persona histriónica.

Este término es el que sigue la etimología tradicional.

(9) DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho Civil*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, agosto 2010, p. 148.

(10) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. 2ª edición, UNMSM, Lima, 1968, p. 51.

(11) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, p. 8.

3.2. *Phersu*

Deriva del etrusco *phersu* (ϕersu) y este del griego *prósopon* (πρόσωπον), *pros*, delante y *opos*, cara. Es la máscara usada en el teatro, servía para las representaciones. Es la cara y, a partir de ello, significaría persona.

Esta etimología es poco probable por las diferencias fonéticas y semánticas.

3.3. *Personatus*

Según Strowasser la voz persona viene de un participio *personatus* del verbo personare que significaba disfrazarse o revestirse, y que derivaba de una voz que se encuentra en el Pauto: –sona–⁽¹²⁾.

3.4. Otras etimologías

De Andrade Nery⁽¹³⁾ nos refiere otras etimologías buscadas para justificar el origen de la palabra persona. El término pudo haber provenir de otros vocablos.

- *Peri soma* (περι σωμα), griego que significa el círculo envuelto del cuerpo;
- *Persum*, rostro;
- *Per se una*, por medio de, en sí propio.

3.5. Evolución de la terminología

Su origen está vinculado al lenguaje teatral⁽¹⁴⁾.

Luego pasó a ser el papel que se representa el sujeto, el drama, al considerar la posibilidad del actor de asumir distintos roles, caras diferentes: *homo plures personas susinet* (el hombre sostiene o desempeña muchas máscaras o papeles), triste, alegre; furioso, temeroso; sacerdote, villano. Así, la máscara, se consolidó dentro del lenguaje jurídico para encarnar

(12) GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique. “Sobre la noción de persona”. En: *Revista de Estudios Políticos*. Vol. XXII, N° 47, Madrid, 1947, p. 104.

(13) DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho Civil*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, agosto 2010, pp. 149 y 150.

(14) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961, p. 7.

aquello que el hombre tiene de esencial. Del teatro pasa a la filosofía para designar al hombre, de allí saltó al Derecho identificando al sujeto.

Limongi França⁽¹⁵⁾ nos dice que la palabra persona pasó a ser utilizada por el Derecho para designar al ser humano, en cuanto desempeñaba su papel en el teatro de la vida jurídica. Esto se dio en la Edad Media, pues en el Derecho Romano la idea correspondiente era expresada en el vocablo *caput*, referido al estatus de la misma.

Finalmente, todos acuerdan y concluyen que la máscara es la representación del sujeto en sociedad y esta puede ser utilizada de diversas formas, así como la persona es en sociedad, múltiple y variable, en cuanto sus actos y acciones. La máscara para diferenciar (persona natural o jurídica), la máscara utilizada sucesivamente (sucesión), la máscara para asumir un encargo (representación), la máscara múltiplemente empleada (como comprador, como padre, como arrendador)⁽¹⁶⁾.

4. CONCEPTO

La persona es el ser humano considerado como fin en sí mismo –*Selbstzweck*– un valor absoluto en oposición de las cosas y objetos inanimados, en el rigor de Kant. La persona es el hombre, porque solo el hombre tiene voluntad y derecho, con mayor exactitud, derecho subjetivo, que es un poder de voluntad o un señorío de voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico⁽¹⁷⁾.

Persona es la antípoda de cosa, su fin más allá del medio. Se aproxima al término hombre, aunque no todo hombre es persona, pero sí toda persona es hombre (el cadáver es hombre, mas no persona; la Santísima Trinidad: Padre, Hijo y Espíritu Santo, es una persona divina, mas no hombre).

El concepto de persona es consustancial al hombre, pero no debe confundirse con él. Hombre es una denominación genérica (hombre de las cavernas, hombre de Neanderthal) que no necesariamente expresa la

(15) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 41.

(16) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012, pp. 164 y 165.

(17) GONZÁLEZ CANCINO, Emilssen. “Persona (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada 2011, p. 1254.

categoría de persona. Persona es un concepto jurídico. Hombre es una realidad sicobiosociológica. Persona es lo específico, hombre lo genérico.

La persona natural es el sujeto de derecho por antonomasia. El ser más representativo numéricamente hablando, presentándose como tema central y eje del Derecho para lo cual se ha tenido que superar la concepción individualista-patrimonialista que consideró al patrimonio lo más importante por proteger⁽¹⁸⁾. La persona es la causa del Derecho, el precedente ineludible, el centro unificador, un *prius* para el Derecho. Sin persona no se daría la sociedad; ergo, no habría Derecho. Es la creadora de la regla que ordena la convivencia; la destinataria y ejecutora de la misma.

Se es persona por tener calidad humana, lo que confiere aptitud de adquirir derechos y para actuar en el mundo jurídico, aunque no se tenga participación en ninguna relación jurídica. Entonces es la capacidad, la aptitud para llegar a ser sujeto de derecho es lo que le atribuye a un ser la calidad de persona. Se es sujeto de Derecho cuando la persona actúa en una relación jurídica concreta, como situación jurídica. Entre persona y sujeto se da la diferencia que existe entre la potencia y el acto. La acción no puede ser separada del agente, por consiguiente este último debe ser objeto de valorización normativa. Es así que “la categoría jurídica de sujeto de derecho es el resultado de una armónica correspondencia entre la realidad ontológica y aquella formal”⁽¹⁹⁾.

El término persona tiene dos acepciones.

- **Técnica**, se refiere al aspecto legal, jurídico y normativo. Es un sujeto que goza de derechos y obligaciones, un sujeto de derecho por antonomasia.
- **Institucional**, la persona es un ser digno, merecedor, beneficiario y tributario, es un ser valioso. El derecho la protege y respeta por su calidad de ser humano.

(18) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa, Lima, 2012, p. 71. Asimismo, vide FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2001, p. 111.

(19) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales*. Ed. Grijley. Lima, 1998, p. 24.

El concepto persona, en una perspectiva contemporánea, se debe a la labor del cristianismo que humanizó el Derecho Romano y a la Revolución Francesa con sus principios de igualdad, libertad y fraternidad⁽²⁰⁾.

5. DENOMINACIÓN

La persona natural es también conocida como:

- Persona.
- Persona real.
- Persona civil.
- Persona física.
- Persona simple.
- Persona humana.
- Persona singular.
- Persona concreta.
- Persona individual.
- Ser de existencia visible.
- Persona jurídica individual.

Su variada terminología representa el ropaje jurídico que le confiere el Derecho.

El Código del 52 utilizaba el término hombre (arts. 1 y 2), aunque también persona (arts. 9, 12, 15 17 y demás); el del 36, persona (art. 1). El Código del 84 utiliza diversas denominaciones para referirse a la persona como sujeto de relaciones jurídicas:

Denominaciones directas:

- Ser humano (art. 6).
- Sujeto (art. 1 y otros).
- Persona humana (art. 1).
- Partes (arts. 96, 104-10 y otros).

(20) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 66.

- Agente (arts. VI, 140 - 1 y otros)
- Varón y mujer (art. 4, 234 y otros).

Denominaciones indirectas

Asimismo, y según cada tipo de relación se le otorga un *nomen* especial: acreedor, administrador, adoptado, adoptante, adquirente, albacea, arrendador, arrendatario, causante, comodante, comodatario, comprador, cónyuge, curado, curador, destinatario, deudor, dueño, heredero, hijo, incapaz, marido, menor de edad, mayor de edad, mutuante, mutuatario, otorgante, pretensor, pupilo, tutor, vendedor, víctima, entre otros.

Antiguamente se le llamó, dependiendo de las culturas: *Pâneh* (hebreo), *προσωπον* (griego), *persōna* (latín). En el Derecho comparado *persona* (Italia), *personne* (Francia), *personen* (Alemania), *pessoa* (portugués), *person* (inglés), siendo que la raíz del término *per*, se mantiene.

Es, jurídicamente, el ente, hombre, individuo, el ser.

Para la medicina:

- *Prematuro*, *Abactus*, nacido antes de las 37 semanas de gestación, nacido inmaduro, parto pretérmino (los niños a término nacen entre 37 y 40 semanas después del último periodo menstrual, el nacimiento es un hecho *incertus an e incertus quandu*⁽²¹⁾, el nacimiento tiene una fecha previsible con margen de error variable).
- *Neo nato*, *Enixus*, nacido de parto normal hasta los 28 días –nacimiento, periodo hebdomadario, semanal, y siguientes tres semanas– (neonatología).
- *Nonato* (lat. *non natus*, no nacido) adj. No nacido en parto normal, sino por medio de una cesárea, *Exectus*; es el cesareado, no sucedido. A diferencia del parido que es expulsado naturalmente, este es extraído.
- *Lactante*, luego de los 28 días hasta el primer año (pediatría)

(21) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 349 y 350.

Rubio Correa⁽²²⁾ plantea que es preferible hablar de ser humano y reservar la palabra persona para determinadas situaciones técnicas muy precisas del Derecho.

Diferenciar debemos persona de personaje, este último es la representación de la persona (un muñeco, una imagen).

6. DEFINICIÓN

Una definición clásica de persona la da Boecio⁽²³⁾, *rationalis naturae individua substantia*, la persona es sustancia individual de naturaleza racional. Para Santo Tomás de Aquino⁽²⁴⁾, persona significa lo que es más perfecto en toda la naturaleza *i.e.* un individuo subsistente de una naturaleza racional. Con sentido similar, en nuestro medio, Olazabal⁽²⁵⁾ dice que la persona se refiere a todos los seres humanos que tienen existencia propia y que se diferencian de los animales, porque son los únicos que poseen razón, *rational individual*.

Según Palacios Pimentel son “los seres individualmente considerados y que tienen existencia propia”⁽²⁶⁾. Espinoza Espinoza nos dice que es “el hombre individualmente considerado, una vez nacido hasta su muerte”⁽²⁷⁾. Rubio Correa “es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir con capacidad de tener derechos y obligaciones”⁽²⁸⁾. Fernández Sessarego es el “hombre, una vez nacido, como individuo”⁽²⁹⁾. León Barandiarán sostuvo que es “el ente humano, como individuo, por el hecho de serlo está dotado de personalidad, entendida esta como estatus de índole jurídica de cada individuo”⁽³⁰⁾.

(22) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 22.

(23) BOECIO. *De duabus naturis et una persona Christi*. Cap. 3; PL 64, p. 1343 y ss.

(24) DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologica*. I.39.1C.

(25) OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961, p. 186.

(26) PALACIOS PIMENTEL, Gustavo H. *Elementos de Derecho Civil peruano*. Tomo I, 3ª edición, Ed. Sesator, Lima, 1982, p. 36.

(27) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012, p. 163.

(28) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 22.

(29) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2001, p. 37.

(30) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual de Derecho Civil*. Imprenta de la UNMSM, Lima, 1963, p. 37.

La persona, según Galindo Garfias⁽³¹⁾, denota al ser humano dotado de libertad, capaz de realizar una conducta encaminada a determinados fines. Para Limongi França⁽³²⁾ son los hombres individualmente considerados. Según Orgaz⁽³³⁾, es el hombre en cuanto sujeto de derechos y deberes jurídicos, tomando en cuenta que él es la persona por excelencia. Para Ángel Carrasco⁽³⁴⁾ la persona es un ser humano con valores propios merecedor de respeto y tutela.

La persona natural es aquel sujeto de derecho cuyo elemento material se asienta en el hombre. Su categoría jurídica surge en el momento inmediato del nacimiento y termina con la muerte, en la que pasa a ser un objeto de derecho especial, pues su humanidad nunca la pierde. Es el individuo perteneciente a la raza humana, aquel parido por mujer. Su reconocimiento y esencia determina que se le confieran derechos.

7. CARACTERÍSTICAS

La persona natural posee las siguientes características:

- **Surge del nacimiento**

Para ser persona natural se requiere nacer. Nacer y vivir, *nativivo*; en todo caso sobrevivir a la gestación y al tránsito a persona natural. No es persona el *natimorto* o *nado morto* (que muere en el útero o durante el parto - óbito fetal), *L'enfant mort-né*, para los franceses.

El nacimiento es una etapa del parto, implica expulsión natural. Se produce con la expulsión y separación completa del cuerpo de la madre, ya no está en ella, no sigue albergado en la matriz, pasando de feto a *neo nato* o, jurídicamente, de concebido a persona natural.

El nacimiento, siguiendo al Código Civil Luso⁽³⁵⁾ y la Ley de Salud mexicana⁽³⁶⁾, debe tener las siguientes características:

-
- (31) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición. Ed. Porrúa, México, 1997, p. 318.
- (32) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, 1999, São Paulo, p. 42.
- (33) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961, p. 26.
- (34) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.) *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 66.
- (35) PORTUGAL. *Artículo 66 1. A personalidade adquire se no momento do nascimento completo e com vida*.
- (36) Se entiende por nacido vivo, siguiendo las disposiciones mexicanas, "al producto de la concepción expulsado o extraído de forma completa del cuerpo de su madre, independientemente de la

- Debe ser completo. No basta la cabeza u otra parte del cuerpo, aunque –como bien lo evidenció Orgaz⁽³⁷⁾– se han documentado tantos casos de criaturas que han comenzado a vivir con vida propia antes de haber sido extraídos completamente, *i.e.* vivieron durante el parto.
- Nacer con vida, un parto perfecto, *partus maturus*, aunque no sea viable su sobrevivencia⁽³⁸⁾.

Si la madre fallece durante el parto y el hijo nace con vida, hereda a la madre. Si el hijo muere después, lo heredera el padre. Si el hijo nace muerto o muere antes de la madre, no hereda.

Actos similares al nacimiento:

- *Cesárea*, implica la extracción del ser humano de la matriz de la madre (meramente extraído).
- *Ectogénesis* - Útero artificial. La premisa actual: se es persona desde que se nace de una mujer/madre, se es sacado de ella. Cuando la gestación sea artificial, toda en una incubadora desde su concepción, determinará, necesariamente, una reformulación del concepto del nacimiento. No habiendo cuerpo materno no habría cómo señalar cuándo ocurrirá el parto, mediante las contracciones; a contrario sensu el momento en que deberá proceder al nacimiento (presuponiendo aún podrá utilizarse este término) pasará a ser determinado por la viabilidad del feto y por el transcurso del lapso de tiempo⁽³⁹⁾.

Al final de cuentas la terminología es variada: Nacido, alumbrado, cesareado, extraído.

El nacimiento es el momento en que se inicia el cómputo de la edad⁽⁴⁰⁾.

duración del embarazo, que después de dicha separación respire o dé cualquier otra señal de vida como frecuencia cardiaca, pulsaciones de cordón umbilical o movimientos efectivos de los músculos de contracción voluntaria, tanto si se ha cortado o no el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta”. Artículo 389 Bis. Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, México, DOF: 24/04/2013.

(37) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, pp. 40 y 41, nota 16.

(38) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 202.

(39) DE OLIVEIRA, Guilherme. “Nacimiento (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo II, Director Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 1161.

(40) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 9.

- **Es un estado indeterminado**

La persona contiene un estado de vida variable en el tiempo. Como tal, se inicia con el nacimiento y termina con la muerte. Nacimiento y la muerte constituyen también para el Derecho, el momento inicial y el momento final de la existencia de la persona física⁽⁴¹⁾.

En todo caso depende de la esperanza de vida, en nuestro medio es de 73 años⁽⁴²⁾.

Su estado parte del nacimiento y termina con la muerte, sobre esto no cabe discusión. Para Larroumet “a priori, la existencia del individuo pareciera no acarrear ningún problema: comienza con el nacimiento y finaliza con la muerte”⁽⁴³⁾.

- **Per se**

La persona es persona per se. Por su esencia y calidad de ser humano, su naturaleza es la de ser persona natural. No podemos hablar de persona artificial. La persona humana no es un dato creado o elaborado por el Derecho, no es una construcción de este, es una realidad biológica y social⁽⁴⁴⁾. Cuando se habla de persona humana es una denominación resultado de persona y ser humano.

El día que tengamos nuevas formas de vida, creadas, recompuestas, ingenierizadas, quimeras, híbridos, *post* humanos, será el momento de re-categorizar a la vida.

- **Capacidad**

La persona como sujeto de derecho tiene capacidad de goce, pero también tiene capacidad de ejercicio. En su caso la capacidad se presume mientras que la incapacidad se prueba.

(41) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 110.

(42) Datos de Banco Mundial, Última actualización: 17 de enero de 2013.

(43) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 221.

(44) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 301.

- **Relaciones jurídicas**

Nadie es persona sin estar en relación con alguien⁽⁴⁵⁾.

La persona cuenta con facultades y deberes, derechos y obligaciones sin tipo de condición ni beneficio, aplicándoseles plenamente. Tanto los derechos patrimoniales como extrapatrimoniales se aplican de manera plena, sin ningún tipo de restricción o límite (como si sucede con el concebido).

Cuando se dice que la persona es sujeto de derecho implica decir, más que suponer, que tiene derechos (lógicamente puede no tener ninguno; históricamente, hubieron personas antes de los derechos) o, por lo menos, que haya derechos que nacen con la persona (derechos innatos)⁽⁴⁶⁾.

- **Sujeto de Derecho común**

El hombre para el Derecho es persona, se aprecia al hombre *sub spes iuris*⁽⁴⁷⁾.

Tiene derechos y obligaciones, facultades y deberes. Los efectos jurídicos se le otorgan sin ningún tipo de restricción o limitación a menos que sea una persona incapaz para ejercerlos.

- **Mantiene su estatus**

La persona natural nunca pierde su calidad, solo cuando muere; a diferencia de los demás sujetos de derechos que sí pueden perder su estatus, v. gr. el concebido cuando nace, la persona jurídica cuando se convierte en irregular o esta última cuando se formaliza.

- **Fin**

Acaba con el fallecimiento de la persona, el óbito, la muerte, sea esta biológica o legal. Natural o violenta.

(45) LÔBO, Paulo. *Parte general* (Direito civil), Saraiva, São Paulo, 2009, p. 105.

(46) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 1, Bookseller, Campinas, 1999, p. 208.

(47) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Imprenta UNMSM, Lima, enero de 1973, p. 85.

8. NATURALEZA JURÍDICA

La persona es un sujeto de derecho que goza y ejerce en plenitud, capaz de adquirir y transmitir derechos y deberes jurídicos⁽⁴⁸⁾. Es un sujeto de derecho individual, común y corriente, sin nada que lo distinga de los demás sujetos, a diferencia del concebido que es un sujeto de derecho especial.

Hay varias teorías o tesis que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la persona natural.

8.1. Teoría formalista

Sustentada en el positivismo. También llamada normativista.

La ley otorga la categoría jurídica de persona natural al sujeto para ser considerado como tal. De esta manera, el Código de 1852 sostenía que para ser persona habría que poseer “apariencia humana” por lo que los nacidos deformes, v. gr., no eran considerados persona.

8.2. Teoría realista

Sustentadas en el naturalismo. También llamada iusnaturalistas.

El ser humano debe ser considerado como persona natural simplemente por el hecho de existir, se basa en el contexto natural, en el aspecto biológico, en su esencia de ser humano de manera tal que, se es persona independientemente de lo que diga la ley.

8.3. Teoría ecléctica

Es una combinación de las dos tesis anteriores.

Visto el estado biológico (realista) se acredita en la ley (formalista).

Esta tesis es conciliadora. Hace dimanar de la formalista y la realista lo mejor de sí y la condensa en una mejor posición. Lôbo⁽⁴⁹⁾, en Brasil, nos habla del *habere personam*, en el sentido de que la calidad de persona se posee (es adjudicada) a diferencia del *esere personam*, la calidad de persona se es (es tenida per se). La primera deriva del positivismo, la segunda

(48) LÔBO, Paulo. *Parte general* (Direito civil). Saraiva, São Paulo, 2009, p. 103.

(49) *Ibidem*, p. 105.

del naturalismo. Tobías⁽⁵⁰⁾ considera que la persona es una categoría natural que está por sobre encima del Derecho positivo: el ser humano es un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho.

8.4. Teoría tridimensional

Sitúa la persona como una realidad, axiológica y normativa.

Planteadas por Fernández Sessarego⁽⁵¹⁾ considera que en la persona se conjugan los tres elementos del Derecho:

- La vida humana;
- Los valores que realiza y otorgan sentido a su vida; y
- La norma que regula la convivencia por medio de la imputación de situaciones jurídicas subjetivas.

9. CLASES

La persona puede ser individual o colectiva y, esta última, jurídica o ente no personificado.

PERSONA		
Individual	Colectiva	
	Jurídica	Ente no personificado

La calidad de persona es predicable del hombre, individual o colectivamente⁽⁵²⁾. Técnicamente, la persona solo puede ser natural o jurídica, *tertium non datur*.

En el Derecho actual se distingue el concepto persona en dos variantes: (i) como categoría o concepto (aspecto formal), y; (ii) como ente o substrato al cual se le atribuye (concepto material)⁽⁵³⁾. Como categoría, representa al sujeto de derecho –de allí la sinonimia existente–; como ente, representa al ser humano.

(50) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6.

(51) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, setiembre de 2011, pp. 320 y 321.

(52) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6.

(53) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 295.

10. INICIO

Este tema ha sido analizado desde distintas perspectivas que se han logrado consagrar como teorías, entre las cuales tenemos:

10.1. Teoría de la concepción

La persona surge de la concepción, y al fruto de la concepción se le considera como si **hubiera para todo cuanto le favorece**. Es nacido, entonces persona y, por tanto, sujeto de derecho, solo para aquello que le resultará beneficio. Es la base de la teoría de la ficción.

10.2. Teoría de la viabilidad

Vitae habilis, capaz de vivir, apto de supervivencia fisiológica. A decir de Díez-Picazo y Gullón⁽⁵⁴⁾, es la aptitud del ser para poseer o continuar poseyendo vida, se divide en **propia** (la que tiene el nacido después de la gestación mínima –6 meses–) e, **impropia** (la que posee si carece de vicios orgánicos o funcionales que le impidan seguir viviendo).

La persona no basta que nazca sino que debe tener viabilidad y, además, forma humana. Los romanos argüían *Monstrum vel prodigium* o, para los ingleses *a monster or a freak*. *Non sunt liberi, qui contra forman humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosum enixa sit*. No son tenido por hijos los que nacen sin la forma humana habitual, como cuando una mujer da a luz algo monstruoso o anormal (Digesto, Libro I, tít. V, fr.14).

Nacer, sobrevivir, hacerlo de forma autónoma, con aptitud para ello y, contar con apariencia de hombre. Lo inhumano, aquello sin forma tal, portentoso, prodigioso, monstruoso, defectuoso, anómalo no era considerado persona (siameses, jorobados, tullidos, hermafroditas, acéfalos, bicéfalos, enanos, gigantes, yahoos⁽⁵⁵⁾, focomélicos –ausencia de elementos óseos y musculares en miembro superior o inferior, muñón o prominencia–) pero, como se advierte en la actualidad⁽⁵⁶⁾, no toda extrañeza del cuerpo del nacido determina la carencia de personalidad, sobre todo en

(54) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 233 y 234.

(55) Criaturas salvajes y de costumbres desagradables que se parecen a humanos (SWIFT, Jonathan. *Los viajes de Gulliver*, 1726). Tribus humanas de costumbres salvajes (BORGES, Jorge Luis. *El informe de Brodie*, 1970).

(56) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 69.

el caso de deficiencias menores (tener menos de cinco dedos) no impide considerar al nacido con figura humana, siendo el campo de aplicación de esta exigencia extremadamente reducido⁽⁵⁷⁾.

Esta teoría estuvo contemplada en el Código del 52 y lo mantiene el Código español (art. 30) y el portugués (art. 6) aunque, por obvias razones, resulta impracticable como ya, en su momento, lo manifestó Orgaz “las deformidades, por graves que sean, y las superficiales analogías que pueda presentar el nacido con seres animales, no le privan de su fundamental condición humana: son meras **cualidades o accidentes**, sin influencia alguna sobre la capacidad de derecho”⁽⁵⁸⁾. Estos tienen el derecho a ser reconocidos como personas humanas y, en nuestro medio Rubio Correa considera que la persona “(...) es humano y goza de derechos todo ser que haya nacido genéticamente de humanos, no importando ni su capacidades ni su aspecto externo”⁽⁵⁹⁾.

Nuestra ley no exige la viabilidad, ni plazo alguno de sobrevivencia fuera del vientre, basta que viva segundos para que sea persona y transmita sus derechos vía sucesoria. Los Códigos modernos no siguen la teoría de la viabilidad.

10.3. Teoría del nacimiento

Nacimiento, *nascentia*.

Es ser humano el parido por mujer. El nacimiento es una etapa del parto. Empieza con las contracciones y termina con la expulsión de la placenta. El nacimiento se da con la expulsión completa del feto de la matriz de la madre, independientemente sea natural o asistido (art. 71 del Código argentino).

Téngase en cuenta que no todas las opiniones concuerdan en cuanto al momento exacto del nacimiento. Algunos consideran que la persona nace cuando se corta el cordón⁽⁶⁰⁾, otros con el primer gemido grito o

(57) Ídem.

(58) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Editorial Assandri, Córdova, 1961, p. 26.

(59) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 25.

(60) La “separación del clastro materno se realiza cabalmente al cortarse el cordón umbilical, por lo cual ese será el momento del nacimiento” (RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992, p. 24).

llanto, exhala su primer vagido⁽⁶¹⁾, que demuestre un respiro (la docimasia pulmonar comprueba si el aparato respiratorio del feto funcionó antes de morir, si llegó a respirar).

10.4. Teoría de la vitalidad

Es una teoría derivada de la anterior, del nacimiento.

Se sustenta en el mero hecho del nacimiento e implica “la idoneidad orgánica y fisiológica del nacimiento para continuar viviendo”, su prueba se reduce a constatar que el niño nació con vida⁽⁶²⁾.

10.5. Teoría de la inscripción

La teoría de la inscripción en el Registro Civil considera que la personalidad no comienza con el nacimiento sino con la inscripción del nacido. Cuando nace es ser humano pero no puede hacerlo valer para ningún efecto, no puede reclamar herencia, ni exigir derechos, ni peticionar nada. Para ello necesita un certificado de nacimiento.

Ahora bien, la importancia de la inscripción en el Registro Civil se da para marcar los acontecimientos más importantes en el transcurso de nuestra vida como los de: nacer, contraer matrimonio y morir, atribuyéndole la calidad de un acto *ad probationem* puesto que la inscripción es la acreditación de un hecho, no la constitución de una persona natural. En del nacimiento, la inscripción determina el lugar, fecha, hora, sexo y, sea el caso, la filiación.

No todos los nacimientos se registran, en el segundo quinquenio de los noventa, aproximadamente el 17 % de nacimientos se registraba, sea por desconocimiento, precario servicio o negligencia. El resto, indocumentados.

11. FIN

El fin del ser humano es la muerte, sea natural (física o biológica) o legal (jurídica o normada).

(61) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I, 21ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 249.

(62) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 1994, p. 157.

Se es persona natural hasta este momento, luego se pasa a ser cadáver, objeto de derecho especial –otro tipo categoría jurídica–.

A pesar de que uno muere, no se pierden todos los derechos, es más se adquieren algunos. El cuerpo humano extinguido como persona no es cualquier objeto, todavía cuenta con derechos y consideraciones, los demás están obligados a respetarlo.

Como refiere Bittar⁽⁶³⁾, con la muerte se produce la separación del ser, permaneciendo por cierto tiempo, en forma material, alguno de sus componentes, hasta su consumación definitiva, situación en la que surgen dos derechos:

- Derecho al cadáver.
- Derecho a las partes del cadáver.

(63) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 86.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Río de Janeiro, Forenses Universitaria, 2003.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
- DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho Civil*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, agosto de 2010.
- DE OLIVEIRA, Guilherme. “Nacimiento (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales*. Editorial Grijley, Lima, 1998.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “Defensa de la persona”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Editorial Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2001.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. 2ª edición, UNMSM, Lima, 1968.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*, 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique. “Sobre la noción de persona”. En: *Revista de Estudios Políticos*. Vol. XXII, N° 47. Madrid, 1947.
- GONZÁLEZ CANCINO, Emilssen. “Persona (jurídico)”. En: *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*, Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual de Derecho Civil*. Imprenta de la UNMSM, Lima, 1963.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Imprenta UNMSM, Lima, enero de 1973.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I, 21ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Parte general (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2009.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 1, 1ª edición, Bookseller, Campinas, 1999.
- OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Editorial Garcilaso, Cuzco, 1961.

- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Editorial Assandri, Córdoba, 1961.
- PALACIOS PIMENTEL, Gustavo H. *Elementos de Derecho Civil peruano*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Sesator, Lima, 1982.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.

CAPÍTULO CUARTO

PERSONA JURÍDICA

SUMARIO: I. GENERALIDADES. 1. Introducción. 2. La asociación como derecho. 2.1. Derecho de asociación. 2.2. La formalidad y la autorización previa. 2.3. Fin de la asociación. 2.4. El principio de libertad y el derecho de asociación. 2.5. Características del derecho de asociación. 3. Antecedentes. 3.1. Roma. 3.2. Derecho Canónico. 3.3. Alemania. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 8. Trascendencia en el tiempo. 9. Naturaleza jurídica. 9.1. Teoría de la ficción. 9.2. Teoría de la propiedad colectiva. 9.3. Teoría orgánica. 9.4. Teoría de la institución. 9.5. Teoría legalista. 9.6. Teoría tridimensional del Derecho. 10. Clases. 11. Elementos. 11.1. Sujetos 11.2. Patrimonio. 11.3. Finalidad. 11.4. Forma. 11.5. Registro. 12. Atributos. 12.1. Denominación social. 12.2. Domicilio. 12.3. Nacionalidad. 12.4. Capacidad. 12.5. Representación. 13. Importancia. 14. Reorganización. 14.1. Modificación del estatuto. 14.2. Transformación. 14.3. Reorganización simple. 14.4. Fusión. 14.5. Escisión. 15. Documentos de identidad. 15.1. Estatuto. 15.2. Libros. 15.3. Registro Único de Contribuyente. 15.4. Partida registral. 16. Fin. 16.1. Disolución. 16.2. Liquidación. 17. Normativa. 18. Instituciones afines. 19. Teoría de la impenetrabilidad. 19.1. Introducción. 19.2. Denominación. 19.3. Concepto. 19.4. Definición. II. DE LA ASOCIACIÓN, LA FUNDACIÓN, EL COMITÉ Y DEMÁS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Asociación. 1.1. Concepto. 1.2. Definición. 1.3. Naturaleza jurídica. 1.4. Organización. 1.5. Constitución. 1.6. Disolución. 1.7. Destino del patrimonio. 1.8. Otras formas asociativas. 2. Fundación. 2.1. Concepto. 2.2. Definición. 2.3. Características. 2.4. Naturaleza jurídica. 2.5. Elementos. 2.6. Organización. 2.7. Constitución. 2.8. Disolución. 2.9. Destino del patrimonio. 3. Comité. 3.1. Concepto. 3.2. Definición. 3.3. Características. 3.4. Naturaleza jurídica. 3.5. Elementos. 3.6. Organización. 3.7. Constitución. 3.8. Destino del patrimonio.

I. GENERALIDADES

1. INTRODUCCIÓN

El hombre como ser social busca del otro para llevar a cabo acciones. Su sentimiento gregario así se lo exige, complementado sus debilidades y haciendo trascender su obra frente a la temporalidad de su vida. El hombre necesariamente está vinculado a una serie de conjuntos sociales con cierta permanencia⁽¹⁾. Asociarse es una forma de trascender. Para los grandes proyectos y aspiraciones deben conjugarse esfuerzos, unirse con los demás. En forma individual y aislada, el ser humano “puede lograr ciertos fines, limitados a sus esfuerzos y posibilidades; empero, hay ciertos fines que trascienden a su propia vida individual, aislada y que no pueden cumplirlos sino asociándose a otras personas o destinando parte de sus bienes al logro de esos fines”⁽²⁾.

Consciente de sus limitaciones –todo no se puede– suma a sus esfuerzos el del prójimo, se refuerza. Esa adición de energías e ideales permite un medio para lograr objetivos concretos, proyecta su vida, su norte y resultados. Obtenidos, con las ventajas deseadas y satisfechas sus necesidades es, entre ellos, compartido lo obtenido.

(1) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3ª edición, UNMSM, 1980, Lima, p. 126.

(2) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición, Editorial Los amigos del libro, Bolivia, 1994, p. 215.

La persona tiene ideales, de superación individual y, también, colectiva.

La necesidad social de organización humana siempre fue importante dentro del proceso de desarrollo de toda sociedad, esto responde a la propia naturaleza de la especie humana. La vida organizada y colectivizada –con fin específico y particular– es lo que caracteriza a un nuevo sujeto de derecho. Diferente, autónomo, particular, con sus propias relaciones jurídicas. Surge, así, una colectividad, una agrupación autónoma, que actúa per se con base en su propio interés, distinto a los ideales personales de sus integrantes: la persona jurídica.

El objetivo en común es la esencia de la colectividad, el trabajo conjunto –en equipo– que, finalmente, compartirán resultados entre quien tuvieron la iniciativa de llevar a cabo un objetivo en común, deseado por todos, *affectio societatis*.

Podemos decir que la respuesta a la carencia y seguridad fue lo que motivó que el hombre busque a seres de su misma especie para encontrar una respuesta a las desavenencias que se presentaban en su diario accionar como fueron la búsqueda de alimento y protección. Si damos una mirada a la historia encontraremos ese *animus societas* del hombre desde sus albores.

Dentro de este proceso evolutivo, el Derecho se convierte en la disciplina regulatoria del accionar organizacional de la persona dentro de la sociedad, tomando en cuenta que el estado grupal de las personas se da como resultado de la concurrencia de finalidades similares, afines, entre quienes la conforman, siendo distinta índole comunitarias, políticas, de ayuda, etc.

2. LA ASOCIACIÓN COMO DERECHO

Agruparse, organizarse, reunirse con el propósito de tratar materias o cuestiones de interés común es típico en el ser humano. Es parte de su naturaleza la integración en comunidad, llevando a cabo trabajos en conjunto, dividiendo funciones. A través de la asociación se aúnan fuerzas para lograr objetivos que, de manera individual, pueden resultar difíciles. Refiere García Toma que la “sociabilidad de los seres humanos los

predispone a convivir y organizar esta convivencia”⁽³⁾. Esta facultad natural es reconocida legalmente como el derecho de asociación.

2.1. Derecho de asociación

Es la Constitución de 1856 la que por vez primera reconoce el derecho de asociación pero con cierto tamiz al derecho de reunión tal como puede apreciarse de su redacción: “Artículo 28.- Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado, sin comprometer el orden público”. El género es reunirse y la especialidad agruparse con fines comunes.

El derecho de asociación está actualmente reconocido en el artículo 2, inciso 13 de la Constitución Política del Perú en el sentido de que toda persona tiene derecho:

“A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

Como derecho puede ser interpretado de una manera extensa en el sentido de aquella facultad relacionarse, vincularse y unirse con otras personas para llevar a cabo una empresa o, ser interpretado de forma restrictiva, es decir, solo el derecho de constituir asociaciones. Es esta última idea la mejor entendida por la doctrina nacional pues a ello se le suma el reconocimiento constitucional a constituir fundaciones y otras formas de organizaciones no lucrativas. Para este sector doctrinal el inciso 13 termina solo reconociendo las personas jurídicas sin fines lucrativos, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional “no toda organización jurídica queda comprendida en el supuesto protegido por la norma, sino solo aquellas que carezcan de fin lucrativo y siempre que hayan sido constituidas y ejerzan sus actividades conforme a la ley”⁽⁴⁾.

Dice Vega Mere que: “La norma es riquísima conceptualmente, por cuanto muestra que para el constituyente la asociación y la fundación son formas de organización social de individuos, que, como se indican no

(3) GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I, Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, Lima, 1998, p. 99.

(4) Exp. N° 110-2002-AI/TC - Fundamento jurídico 4. Vide SAR, Omar A. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. 2ª edición, Nomos & Thesis editorial, Lima, 2005, p. 71.

persiguen fines de lucro”⁽⁵⁾, sin embargo el texto es más profundo que su análisis en sentido literal, tal como lo falla el Tribunal Constitucional al reconocer el derecho fundamental a asociarse y a la asociación como una institución jurídica constitucionalmente reconocida.

2.2. Formalidad y autorización previa

La norma constitucional refiere que este derecho se ejerce **sin autorización previa** lo que no significa una libertad irrestricta para la realización de los objetivos de la persona jurídica conformada pues la propia norma continúa diciendo y **con arreglo a ley**. No solo basta la constitución del ente colectivo, en muchos casos requiere la autorización administrativa para su funcionamiento. Al respecto, el Tribunal Constitucional⁽⁶⁾ considera que cuando la norma establece que el derecho puede ser ejercido **sin autorización previa**, no pretende instaurar una garantía individual, sino también una garantía social. Entiende que en el caso de las organizaciones cuyo funcionamiento, dado el especial interés público que reviste su objeto, requiere del previo consentimiento por parte del Estado, estas se encuentran fuera de protección de la norma *in comento*, correspondiendo determinar caso por caso la razonabilidad y proporcionalidad de la autorización previa, a efectos de que esta no se convierta en una herramienta estatal para escapar de la protección que la Constitución brinda a derecho de asociación⁽⁷⁾. Criterio heterogéneo tiene Vega Mere al escribir que: “Si bien en los diversos regímenes de las organizaciones sin fines de lucro que coexisten en el ordenamiento legal resulta claro que no se

-
- (5) VEGA MERE, Yuri. “Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005. El inciso 13 del artículo 2 de la Constitución reconoce por un lado, el derecho de asociación, como atributo de todas las personas, naturales o jurídicas, a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a la ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, conforme se especifica en el inciso 17) del mismo artículo de la Carta. Y, de otro lado, configura la garantía institucional de la Asociación, como forma de organización jurídica, constituida como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, limitado en los fines que se propone, los que no serán de lucro. Se trata pues, de una organización protegida por la Constitución, que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en esta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. (Exp. N° 0004-1996-I, del 03/01/1997, p, f. j. 3.1.a).
- (6) Exp. N° 110-2002-AI/TC – Fundamento jurídico 4. Vide SAR, Omar A. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. 2ª edición, Lima, Nomos & Thesis editorial, 2005, p. 72.
- (7) Exp. N° 0011-2001-AI, del 10/06/2002, p, f. j. 4.

requiere de una autorización previa para su creación, el mandato constitucional es decisivo”⁽⁸⁾.

2.3. Fin de la asociación

El derecho de asociación reconocido constitucionalmente garantiza la libertad de asociación en todas sus formas, entendiendo por libertad de asociación aquello que es conjunto de personas, no de patrimonios ni de capitales para fines empresariales. Estas últimas se encuentran consagradas en:

- Inciso 14 del artículo 2 de la Constitución cuando se trata el derecho a la libre contratación⁽⁹⁾.
- Artículo 59 de la Constitución regula la libertad de empresa y que el Estado estimula su creación.

2.4. Principio de libertad y derecho de asociación

El derecho de asociación se sustenta en la libertad de la persona. Este es el principio de autonomía de la voluntad que como pauta básica plantea que la noción y pertenencia o no pertenencia de un sujeto a una asociación se sustentan en su determinación personal⁽¹⁰⁾. Esta es una libertad de la persona de ejercer su derecho de agruparse para cumplir con sus objetivos y fines. Para ciertos casos media el interés público exigiendo el Estado la adscripción o una certificación previa (gremios, sindicatos y/o federaciones), vale decir no basta la mera decisión sino que se requiere el reconocimiento público, supuestos en los que prima la autoridad frente a la voluntad⁽¹¹⁾.

El Tribunal Constitucional distingue entre el derecho de la libertad de asociación con el ejercicio libre de este derecho lo cual supone que, cuando se trate de fundar asociaciones de interés público las normas permiten su constitución sin perjuicio que luego se determine si es que el ejercicio de libre asociación limita a otro derecho reconocido por la Constitución

(8) VEGA MERE, Yuri. “Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica”. En: Ob. cit., p. 160.

(9) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *El centro del debate constitucional en 1993*. Tomo I, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000, p. 120.

(10) PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1027-2004-AA, de fecha 20 de mayo del 2004.

(11) ESPARTERO CASADO, Julián (coordinador). *Introducción al Derecho del Deporte*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 137 a 145.

Política del Estado. El Estado no debe de cuestionar el derecho de asociación en su etapa inicial a menos que la situación sea meritoria, como es el caso que una asociación atropelle un derecho o contravenga normas de orden público y las buenas costumbres⁽¹²⁾. De acuerdo al propio Tribunal Constitucional, la autorización previa puede ser utilizada siempre y cuando corresponda imponer con razonabilidad y proporcionalidad dicha autorización. Este mecanismo de aplicación justificada de la permisión previa sirve para que el Estado no aproveche su situación ventajosa, impidiendo la formación de asociaciones que, según su criterio, no sean acordes con las visiones políticas.

El derecho de asociación presenta un doble contenido: la libertad positiva y la libertad negativa.

- **Libertad de asociación positiva**

Faculta a la persona asociarse con quien desee, cuando lo anhele y con la finalidad que quiera. En su caso implica el derecho de renuncia o de separación a una asociación.

- **Libertad de asociación negativa**

Es el derecho no verse obligado a asociarse contra su voluntad, ni de permanecer con un vínculo asociativo.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional⁽¹³⁾ determinó que el contenido esencial del derecho de asociación está constituido por: a) el derecho de asociarse, entendido como la libertad de la persona para constituir asociaciones y pertenecer libremente a aquellas ya constituidas, desarrollando las actividades necesarias en orden al logro de sus fines; b) el derecho de no asociarse, esto es, el derecho que nadie sea obligado a formar parte de una asociación o a dejar de pertenecer a ella; y c) la facultad de autoorganización, es decir, la posibilidad de que la asociación se dote de su propia organización. El derecho de asociación posee, en definitiva, varias dimensiones.

(12) Cfr. PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 110-2002-AI/TC, fundamento jurídico 4. En: SAR, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. 2ª edición, Lima, Nomos & Thesis Editorial, 2005, p. 72.

(13) PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 4241-2004-AA, de fecha 10 de marzo de 2005.

En el caso del derecho a separarse el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ lo reconoce como parte de la libertad de asociación (sea positiva como negativa). Este derecho, conocido como derecho a desvincularse asociativamente o derecho de separarse implica la facultad de renunciar en cualquier instante pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente). La razón es que la persona en el estricto ejercicio de su capacidad autodeterminativa puede renunciar y, en consecuencia, negarse a continuar como miembro de una asociación⁽¹⁵⁾. La libertad es lo que marca a la asociación de modo que: “O la decisión de asociarse es **libre y voluntaria**, o simplemente es un hecho unilateral y forzoso, inadmisibles en términos constitucionales”⁽¹⁶⁾.

2.5 Características del derecho de asociación

Respecto de las características del derecho de asociación, el Tribunal Constitucional⁽¹⁷⁾ considera como las siguientes:

- **Titularidad, concretización colectiva.**- El derecho de asociación puede ser invocado por cualquier persona a título individual, mientras que su ejercicio efectivo es fundamentalmente colectivo.
- **Libertad de asociarse, de no asociarse y de desvincularse asociativamente.**- Es un derecho que implica la libertad de asociarse, de no asociarse y de desvincularse.
- **No exigencia de autorización administrativa.**- Este derecho no requiere de ningún tipo de autorización administrativa a efectos de configurarse como tal (derecho subjetivo). Ejercer el derecho no requiere autorización pero para realizar determinado tipo de actividades en ciertos casos si lo supone (derecho objetivo).
- **Continuidad en el tiempo.**- En la facultad asociativa es un derecho que supone una concretización de cierta permanencia o continuidad en el tiempo. Se diferencia del derecho de reunión en que este es solo episódico o circunstancial, el derecho de asociación busca cierta dosis de duración o estabilidad en el tiempo.

(14) Exp. N° 9149-2006-PA/TC.

(15) Exp. N° 1027-2004-AA, 20/05/2004, S2, f. j. 7.c.

(16) Exp. N° 9149-2006-PA/TC.

(17) Exp. N° 9149-2006-PA/TC.

- **Fines indistintos.**- El derecho de asociación no se condiciona a objetivo o variable particular alguna, pudiendo ser lucrativas o no.

3. ANTECEDENTES

Para Carrasco⁽¹⁸⁾ la persona jurídica ha existido en todos los tiempos, cosa distinta es que la elaboración conceptual y doctrinaria haya sido elaborada en la primera mitad del siglo XIX por los pandectistas⁽¹⁹⁾.

El nacimiento de la persona jurídica, según Lasarte⁽²⁰⁾ fue, inicialmente, un imperativo de la propia organización jurídico política; la justificación de la esfera patrimonial del Estado; la destinación de un conjunto patrimonial a causas pías; exigencias económicas del sistema capitalista, entre otros.

3.1. Roma

Solo el hombre era persona.

Históricamente las fuentes del Derecho Romano demuestran que no era conocida la distinción entre personas naturales y jurídicas, no existía esta *summa divisio rerum*. En Roma no se manejó el concepto de persona jurídica⁽²¹⁾, solo trataron al *collegium*, *corpus* y *universitas*; su tratamiento, tal cual hoy la conocemos, se inicia en el Imperio⁽²²⁾.

Con base en el método casuístico determinaban si ciertos entes, conformados por un conjunto de individuos, podían realizar actos jurídicos a plenitud basándose en un actuar propio. Los romanos no regularon ni crearon el término persona jurídica, solo conocieron los denominados centros de imputación jurídica.

El estudio de esta institución se centró en lo que los romanos denominaron *collegium*, *corpora*, *societas*, *sodalitates*, *universitas* términos que dentro del contexto en que se desarrollaron buscaron dar sentido y

(18) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 214.

(19) LÓBO, Paulo. *Parte general (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 171.

(20) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 294.

(21) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 1, Campinas, Bookseller, 1999, p. 348.

(22) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 21ª edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 290.

denominación al conjunto de personas que tenían el ánimo y la disposición de llevar a cabo actividades afines y en común.

Existe una clasificación de las entidades que fueron concebidas como entes colectivos por los romanos:

- *Res incorporalis*, legiones o a los rebaños.
- *Corpus*, asociaciones de personas integradas en una unidad para la consecución de fines lícitos, básicamente fines religiosos y profesionales.
- *Universitas*, nace su espíritu colectivo como consecuencia de relaciones jurídicas y personales entre sus miembros como son la herencia y la *civitates*.

Los romanos manejaron el concepto de grupos permanentes, no de entidades momentáneas, ni intermitentes, ni de corto periodo. La dificultad que encontraban los juristas era el de concebir aplicar sobre un ente irreal, que no existía de manera concreta, derechos como atributos que se le otorgaba a la persona natural.

3.2. Derecho canónico

Es en el Medioevo que la Iglesia pone énfasis en su uso, a efectos de cumplir sus funciones caritativas y humanitarias, buscan consagrar un sistema que permita la consideración de las colectividades religiosas (asociaciones) y de las causas pías (fundaciones) como entes distintos a quienes la componen, siendo en el siglo XII que el papa Inocencio IV (*Sinabaldo dei Feischi*) impone en el Concilio de Lyon que las ciudades, pueblos y colectividades si bien no pueden ser objetos de sanciones aunque para el cumplimiento de sus fines se les consideraba como personas⁽²³⁾, insinuando de una forma la teoría de la ficción⁽²⁴⁾.

(23) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 295. SEOANE, Mario. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana*. Editorial Grijley, Lima, 2005, pp. 25 y 26.

(24) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 21ª edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 291.

3.3. Alemania

En sus inicios la cultura germana no conoció la *universitas* romana ya que estaban constituidos de pueblos o tribus poco desarrolladas siendo su forma de organización muy simple y práctica.

Destacan en esta etapa dos grandes formas de organización la *gesammte hand* (propiedad en mano común) y la *genossenschaft* (cooperativa).

- *Gesammte hand*. Sus inicios se remontan al legado hereditario el cual era indivisible por la que toda persona que tiene derecho sobre ellos en igual proporción que los demás. No existe la idea de cuota parte. Si se deseaba una administración o distribución como repartición de los bienes se sustentaba en un acuerdo con la participación de todos los interesados.

Hay que resaltar la naturaleza de esta figura como tal radica en el uso y responsabilidad de todos, *i.e.* todo es compartido, no puede existir la individualidad. Si se presentaba la necesidad era satisfecha para todos sin que responsabilidad y goce sean figuras antagónicas sino complementarias entre sí.

- *Genossenschaft*. Tiene sus orígenes en el ámbito familiar. El factor de unión es la defensa de intereses que se sustenta en la confraternidad como vínculo especial de solidaridad. Se descarta el patrimonio común y se da importancia a la reunión de varias personas que buscan utilidad común sobre la base de una defensa colectiva de los derechos individuales, los albores de las cooperativas.

Era una simple pluralidad de individuos que no tenían una verdadera entidad abstracta o ideal, distinta y separada de los miembros que la conformaban, *societas distat a singulis*.

En el siglo XIX los pandectistas difunden el término persona jurídica. Surgen en torno a su estudio y aplicación dos tendencias antagónicas, (i) se reconoce como persona todo aquello sobre la cual se puede atribuir una titularidad (posición amplia) y (ii) aquella sostenida por Savigny quien concreta el campo de las personas jurídicas a lo que es la fundación y la corporación (posición limitada).

La posición de Savigny es que las personas jurídicas están basadas en una ficción legal. Para satisfacer exigencias propias del comercio el legislador finge que entidades diversas al ser humano tienen, a la par de este,

atributos, por lo que procede a su reconocimiento vía inscripción con un efecto, personalidad jurídica.

Después de la persona natural, la persona jurídica aparece, en la historia, como el sujeto de derecho autónomo cuando se comienza a tecnificar la teoría de la separación e independencia de los patrimonios.

4. CONCEPTO

La persona jurídica es un concepto del mundo jurídico⁽²⁵⁾. Es un concepto del mundo del Derecho, captada del mundo de los hechos⁽²⁶⁾. Es el hombre colectivamente organizado⁽²⁷⁾. La aglutinación orgánica de hombres, ordenada a un cierto fin⁽²⁸⁾. Cuerpos morales legalmente reconocidos⁽²⁹⁾, los *entia moralia*, según el Derecho natural. Las personas jurídicas constituyen el recurso técnico que atiende a un dato de la realidad: la naturaleza social del hombre⁽³⁰⁾. Es una entidad desprendida del hombre⁽³¹⁾.

Ferrara sostiene que “junto a las personas físicas existen y son reconocidas por el Derecho otros sujetos jurídicos que no son hombres, los cuales también quieren, obran, persiguen sus fines a semejanza de aquellos; estos son las personas jurídicas”⁽³²⁾.

El Derecho reconoce la existencia de la persona jurídica en mérito de la necesidad humana de cumplir finalidades sociales que, individualmente, no podría alcanzar (*affectio societatis*). La unidad de acción y dirección de esfuerzos, la comunidad de intereses para la consecución de tales efectos es lo esencial, de ahí la necesidad de considerar como persona

(25) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 345.

(26) LÓBO, Paulo. *Parte general (Direito Civil)*. Ob. cit., p. 171.

(27) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2001, p. 37.

(28) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 42.

(29) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 97.

(30) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6.

(31) OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961, p. 184.

(32) FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. Eduardo Ovjro y Maury. Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 5.

jurídica al conjunto de individuos vinculados por determinados fines de carácter colectivo.

Está integrada por un grupo social coherente, con finalidad establecida y un estatuto jurídico. Por oposición a la persona natural, se denomina persona colectiva a cualquier entidad susceptible de derechos y obligaciones cuya existencia depende de la voluntad humana, de ciertos fines sociales o de la ley. Entonces, es aquella entidad distinta a quienes la integran, capacitada para ser parte de relaciones jurídicas adquirir derechos y contraer obligaciones, con capacidad de celebrar actos y contratos.

Sin embargo, no toda colectividad de personas es un ente colectivo, así lo tenemos en la asociación en participación que no es una persona jurídica sino un conjunto de intereses acordado a través de un contrato de colaboración empresarial.

5. DENOMINACIÓN

El *nomen* utilizado es variado.

Las designaciones que se emplean, en oposición a las personas naturales, para referirse a la persona como jurídica, como un ente colectivo toma diversos nombres tales como:

- Persona civil
- Persona ideal
- Persona social
- Persona moral
- Persona ficticia
- Persona mística
- Persona abstracta
- Persona colectiva
- Persona artificial
- Persona compleja
- Persona universal
- Persona incorporal
- Persona intelectual

- Persona compuesta
- Entidad personificada
- Ser de existencia ideal
- Personas jurídicas no societarias⁽³³⁾
- Universalidad de personas y de bienes

De Castro, citado por Lete del Río⁽³⁴⁾, dice que es mejor hablar de “realidades sociales personificadas a las que se atribuye personalidad (personificaciones) para la persona jurídica”, esto bajo el entendido que la persona natural es, también, una persona jurídica. De todos estos calificativos ha prevalecido el de personas jurídicas, por parecer el más adecuado.

Asimismo, grupos, comunidades, entidades, colectividades, distintas son las denominaciones que ha recibido esta figura a lo largo de su tratamiento tanto de parte de las ciencias sociales como del Derecho. La denominación varía de acuerdo al enfoque que le otorga la sociedad y, a su vez, responde al momento en el cual esta figura ha sido estudiada así como la influencia de cómo entendía el Derecho aplicado esta institución.

Se dice que el primer término fue persona ficta, persona abstracta, recogida por el Derecho canónico. Luego, con la Revolución Francesa, predominó el término persona civil o persona moral. A decir de Pontes de Miranda⁽³⁵⁾ la expresión persona jurídica, *terminus technicus*, viene de comienzos del siglo XIX con Heise - 1807, divulgada por Savigny. El Código italiano de 1865 recogió el término **cuerpos morales** y la normativa especial italiana la llamó ente colectivo, ente jurídico y, finalmente, el Código italiano de 1932 abrazó la denominación de personas jurídicas, gracias a la influencia del Código alemán de 1900 con Savigny.

En el Derecho comparado se le llama *persone giuridiche* (Italia), *personne morales* (Francia), *juristische personen* (Alemania), *peessoa jurídica* (Brasil), *personas morales* (Suiza).

(33) Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas no Societarias, aprobado por Resolución N° 086-2009-Sunarp/SN. Hoy derogado por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, aprobado por Resolución N° 038-2013-Sunarp/SN. En este último se excluye el término no societario porque no existe en la Ley de creación de la Sunarp ni en el Código Civil un registro denominado Personas Jurídicas no Societarias.

(34) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 22.

(35) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., pp. 349 y 350.

Como bien dice Pereira⁽³⁶⁾, la denominación persona jurídica, anclada por el pandectismo alemán, es la menos imperfecta y más expresiva –en su naturaleza y esencia⁽³⁷⁾– siendo esta aceptada por la doctrina moderna⁽³⁸⁾ aunque, para algunos, se trata de una denominación ambigua porque, propiamente hablando, todas las personas son jurídicas, en el sentido que la personalidad es un concepto legal y sus atributos se regulan por el Derecho⁽³⁹⁾.

León Barandiarán⁽⁴⁰⁾ manifiesta que la denominación persona jurídica es una calificación por el hecho de surgir de un negocio jurídico.

6. DEFINICIÓN

La persona jurídica es el ente que, sin ser persona física, puede actuar en la vida civil como sujeto de derechos y de obligaciones.

Ferrara la define “como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujeto de derecho”⁽⁴¹⁾. Mota Pinto⁽⁴²⁾ es la organización constituida por una colectividad de personas o por una masa de bienes, dirigidos a la realización de intereses comunes o colectivos, a los cuales el orden jurídico le atribuye una personalidad jurídica. Puig Ferriol es “aquella personalidad independiente de las personas físicas que la integran, y que por estar dotada de una organización más o menos permanente o estable, tiene el carácter de sujeto de las relaciones jurídicas que activa pasivamente le afectan”⁽⁴³⁾.

(36) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, 2004, Río de Janeiro, p. 301.

(37) ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho civil*. Ob. cit., p. 215.

(38) En igual sentido VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002, p. 244 y DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 216, nota 163.

(39) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 186.

(40) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. Ob. cit., p. 127.

(41) FERRARA, Francisco. Ob. cit., p. 1030.

(42) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 269.

(43) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 647 y 648.

Para Fernández Sessarego⁽⁴⁴⁾ es un centro unitario, ideal, de referencia de situaciones jurídicas, de imputación deberes y derechos. Según De Belaúnde⁽⁴⁵⁾, las personas jurídicas “son centros de imputación normativa, creaciones del Derecho para que los seres humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el orden jurídico estima amparables; son pues, un instrumento de organización de la sociedad; por ello, en todos los ámbitos de la vida social las encontramos sirviendo a este propósito. Desde el punto de vista jurídico son abstracciones, reducciones a la unidad”. Para Espinoza Espinoza “Es una organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumplen con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante una inscripción en Registros Públicos o a través de una ley)”⁽⁴⁶⁾. Seoane “la persona jurídica es una creación del Derecho para ordenar y dar estructura las diversas formas de organizaciones sociales, de tal modo que la entidad constituida asuma en forma unitaria derechos y obligaciones”⁽⁴⁷⁾.

Para Lôbo⁽⁴⁸⁾ es la entidad constituida por un grupo de personas para la realización de un determinado fin o resultante de la afectación de un patrimonio para un fin específico, cuya personalidad es reconocida por el Derecho mediante el registro público. Según Gomes⁽⁴⁹⁾ son los entes formados por la agrupación de hombres, para fines determinados, con personalidad distinta a la de sus componentes.

La persona jurídica es un sujeto de derecho colectivo, autónomo e individual en su actuar, con capacidad y responsabilidad que surge de una formalidad establecida por la norma, siendo la inscripción la pauta de su inicio.

(44) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa. Lima, 2012, p. 305.

(45) DE BELAÜNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. “Personas jurídicas: Propuestas de enmienda”. En: *Diez años del Código Civil Peruano. Balances y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1995, pp. 257 y 258.

(46) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo II, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo, 2012, p. 1.

(47) SEOANE, Mario. Ob. cit., p. 37.

(48) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 171.

(49) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 184.

7. CARACTERÍSTICAS

La persona jurídica posee las siguientes características:

7.1. Sujeto de derecho

- Colectivo y múltiple

Conformado por una pluralidad de miembros que forman su *substratum*.

Es el resultado de la unión de dos o más sujetos de derechos, personas naturales, personas jurídicas o ambas. Se trata de un conjunto, de la alianza de sujetos reunidos bajo un mismo fin. La regla es mínimo dos pero que tiene su excepción en la fundación –cuyo elemento básico es la afectación de un patrimonio– y la empresa individual de responsabilidad limitada.

La pluralidad en las entidades colectivas nos hace ver que estas pueden estar constituidas por dos o más sujetos pero de ninguna manera por uno solo. Se trata pues de un elemento esencial sin el que no pueden existir.

- Independiente

La persona jurídica tiene autonomía existencial⁽⁵⁰⁾.

Es sujeto de derecho y deberes independiente desde el momento de su inscripción. Son centros autónomos de relaciones jurídicas⁽⁵¹⁾, con su propia *vita y pathos*.

Su tratamiento es diferenciado al de cada uno de los miembros que la conforman, *societas distat a singulis* (art. 78). A decir de Romero Sandoval⁽⁵²⁾ la personalidad jurídica es distinta de la personalidad natural, *i.e.* la persona jurídica es una y la natural otra. León Barandiarán mencionaba que su personalidad jurídica es distinta a la de sus miembros, produciéndose una *reductio ad unum*⁽⁵³⁾, la reducción a uno.

Es un ente colectivo, múltiple, en el sentido de que está integrada por varios sujetos. Puede estar conformada por personas naturales o personas

(50) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., p. 134.

(51) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 269.

(52) ROMERO SANDOVAL, Raúl. Ob. cit., p. 215.

(53) LEÓN BARANDIARÁN, José. Ob. cit., p. 134.

jurídicas o por ambas dos. Es un sujeto de derecho que contiene otros sujetos de derechos.

7.2. Finalidad

Es el elemento teleológico. Busca concretar un fin o interés común de los miembros que la conforman. Cumplen finalidades de mayor amplitud que las personas naturales.

La finalidad no es igual que objeto. Es lograr el propósito al cual fue motivo de su creación o constitución.

7.3. *Affectio societatis*

Conocido como el *animus personificandi*⁽⁵⁴⁾.

Es el componente psicológico, el elemento voluntario, intencional, de identidad. La intencionalidad de crear un nuevo ente jurídico.

Es la intención, voluntad, deseo de constituir y formar parte de una comunidad de intereses. Es el aspecto subjetivo, lo interior que hay en cada uno de sus miembros de querer ser parte y comprometerse con el actuar y finalidad de la persona jurídica.

Es aquello que une y reúne a sus integrantes, permitiendo la consolidación de sus objetivos.

7.4. Organizada

Es el elemento organizativo. La persona jurídica está estructurada sobre la base de una organización, un conjunto de componentes que responden a una finalidad pero que están guiados por políticas establecidos por sus órganos de gobierno.

7.5. Abstracción

Es el cuerpo organizativo de la persona jurídica. Así como la persona natural tiene un cuerpo biológico (cabeza, tronco y extremidades) la persona colectiva tiene una estructura que la compone.

(54) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 627. DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 275.

Son entidades con existencia ideal, carentes de corporeidad física a diferencia de la persona natural que es físicamente aprehensible. El aspecto físico no las acompaña, solo el referencial o existencial. Con esta característica se encuentra la diferencia con las personas naturales.

7.6. Formalidad

Es el proceso de gestación organizativo.

La persona jurídica es una creación del Derecho: allí la importancia de su formalidad.

Para su existencia requiere cumplir con ciertos requisitos: voluntad, observancia de las formas legales y licitud de sus propósitos⁽⁵⁵⁾. Era una simple pluralidad de individuos que no tenían una verdadera entidad abstracta o ideal, distinta y separada de los miembros que la conformaban, *societas distat a singulis*.

7.7. Capacidad

La persona jurídica, en su calidad de sujeto de derecho, es capaz, tiene una aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. No podemos negar que esta capacidad, a decir de Ferrara⁽⁵⁶⁾, debe aplicarse en toda su extensión, por consiguiente debe reconocerse, por ejemplo, un derecho al nombre, al domicilio, al honor corporativo.

Las personas jurídicas gozan en nuestro sistema jurídico de una capacidad legal colectiva que trasciende de la esfera patrimonial y se adentra en el Derecho Público, ya que este último, establece ciertas restricciones que nacen del ambiente de las relaciones. Además, “los entes morales no son solo capaces de derechos, sino también de ejercitarlos, ya directamente, cuando la corporación obra en nombre colectivo, ya por medio de representantes. La segunda forma es la de abrazar el campo de las personas jurídicas recorriendo el mismo terreno pisado por las personas físicas, porque a semejanza de estas pueden realizar actos de disfrute, de adquisición y de disposición de derechos”⁽⁵⁷⁾.

(55) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 289. VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit., p. 244.

(56) FERRARA, Francisco. Ob. cit., p. 771.

(57) *Ibidem*, p. 874.

La ley les reconoce una capacidad más restringida que la concedida a las personas naturales; por su propia naturaleza no pueden realizar ciertos actos civiles.

Su capacidad es propia e inherente porque tiene aptitud de poder realizar actos jurídicos válidos. Esto lo hace a través de un representante designado expresamente para tal efecto.

No existe la representación de hecho.

7.8. Relación jurídica subjetiva

Como sujeto de derecho, la persona jurídica tiene derechos y deberes, propios y autónomos como el derecho de libre asociación, reunión, derecho a contratar, de dedicarse a un fin lucrativo, a que se respeten sus derechos, derecho a la propiedad, elegir qué actividad desarrollar, a su identidad y que la misma se proteja bajo el principio de la prioridad registral, que sus miembros que la conforman.

Conforme a una resolución del Tribunal Constitucional⁽⁵⁸⁾, se señala que la persona jurídica tiene los mismos atributos de la persona natural en cuanto le sea aplicable. Carrasco⁽⁵⁹⁾ considera que el estatuto y capacidad de la persona jurídica son parangonables a los de la persona física pero, ciertos estados o situaciones de estas (minoría o mayoría de edad, matrimonio, sexo, incapacidad, ausencia, prodigalidad) no son de modo alguno predicables a las personas jurídicas, en razón de su propia naturaleza.

La persona jurídica no goza de un estado civil.

7.9. Fin

La persona jurídica termina con la inscripción de su extinción.

La extinción se puede dar:

- a) Por acuerdo de las partes
- b) Por acción judicial
- c) Por ley

(58) Exp. N° 4972-2006-PA/TC, del 04/08/2006.

(59) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., pp. 224 y 225.

Previa a la extinción se dan dos procesos preliminares:

- **Disolución.**- Es el acuerdo societario de poner fin a la persona jurídica.
- **Liquidación.**- Es de carácter contable, económico, financiero. Es un proceso por el cual se pagan las deudas, se cumplen las obligaciones y se reparten el remanente.

8. TRASCENDENCIA EN EL TIEMPO

A diferencia de la persona natural que es mortal y finita, la persona jurídica tiene un plazo de existencia indeterminado, perdura en el tiempo, tiene un sentido de perennidad⁽⁶⁰⁾. Sus intereses son duraderos, excediendo la vida de los seres humanos⁽⁶¹⁾.

9. NATURALEZA JURÍDICA

A lo largo de la historia se han planteado múltiples teorías que han buscado explicar la naturaleza de la persona jurídica.

Como nos dicen Breccia, Busnelli, Natoli y Bigliuzzi⁽⁶²⁾ la subjetividad de los entes colectivos ha sido un problema recurrente en doctrina, debido a esto se han esbozado distintas teorías para explicar la subjetividad de este ente como son la teoría de la ficción, teoría de la realidad y la concepción formal de la subjetividad; específicamente sobre la problemática del ente no personificado están la teoría de la subjetividad graduable, la concepción realista, nominalista y las concepciones que niegan la subjetividad.

En definitiva, en opinión de Lasarte⁽⁶³⁾, las opiniones giran entre la tesis de la ficción del Derecho y la preexistencia de la persona jurídica en las normas jurídica que la reconocen como tal. Por su parte, Lôbo⁽⁶⁴⁾ considera que las teorías o son realistas o formalistas, en otras palabras la persona jurídica es una realidad preexistente en el Derecho o una construcción jurídica.

Es decir, el tema se devanea entre si es un ente ficticio o real.

(60) VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit., p. 241.

(61) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 270.

(62) BRECCIA, Umberto y otros. Ob. cit., p. 97 y ss.

(63) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 294.

(64) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 175.

9.1. Teoría de la ficción

Tratada por Federico Carlos von Savigny, Puchta y Windscheid.

Solo el hombre puede ser considerado persona. Las colectividades son reconocidas por la ley gracias a una ficción que les otorga una personalidad jurídica, *persoanae fictae*. Así, es con la finalidad de cubrir las exigencias del comercio jurídico y las demás que se dan dentro de la realidad en la que se desarrolla el hombre, el legislador finge que entidades diversas del ser humano tienen, a la par de este, atributos propios de lo que es la persona. Se podría decir que es una extensión de la categoría de la persona humana dando vida a lo que se denomina personas u entidades artificiales o ficticias.

9.2. Teoría de la propiedad colectiva

Tratada por Planiol.

Se erige contra la teoría de la ficción.

De lado con la propiedad individual existe la propiedad colectiva, con la apariencia de una persona civil, que posee una masa de bienes frente a un número más o menos numeroso de personas, sustraído en un régimen de propiedad individual.

9.3. Teoría orgánica

Tratada por Otto von Gierke.

Llamada antropomórfica o de la realidad.

Se erige contra la teoría de la ficción.

Las personas jurídicas colectivas no son entes artificiales creados por el estado sino, por el contrario, realidades vivas⁽⁶⁵⁾, personas reales con una colectividad real⁽⁶⁶⁾. Tienen una voluntad propia e independiente de la de sus miembros expresada a través de sus órganos, pudiendo llegar a tener un patrimonio distinto y aun mayor que el de aquellos, siendo su personalidad jurídica diferente de la de sus componentes, por lo que son susceptibles de contar con relaciones jurídicas, sea con otras de su misma especie o con personas físicas, lo que es suficiente para tenérseles como

(65) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 295.

(66) PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit., p. 648.

entidades verdaderas y distintas de las personas individuales que entran en su composición.

La teoría de la realidad técnica es la que tiene aceptación en la actualidad⁽⁶⁷⁾, la voluntad individual crea un sujeto de derecho con voluntad propia.

9.4. Teoría de la institución

Tratada por Maurice Hariou.

Las personas jurídicas son instituciones capaces de tener una autonomía para organizarse, lograr sus fines, administrar su patrimonio.

9.5. Teoría legalista

Tratada por Hans Kelsen y Recasens Siches.

La persona jurídica es una creación del Derecho. En esta línea lo considera Lete del Río cuando, comparando, dice: “Las personas físicas tiene una individualidad que resulta de su misma naturaleza, la persona jurídica son individualidades artificialmente creadas por el Derecho que le concede una personalidad que podría haberseles negado, lo que no quiere decir que sean personas ficticias”⁽⁶⁸⁾.

9.6. Teoría tridimensional del Derecho

Tratada por Carlos Fernández Sessarego.

La persona jurídica está conformada por normas, valores y comportamientos.

Es adoptada por el Código del 84. La persona jurídica es una organización de personas que se asocia en la búsqueda de un fin valioso y que cumple con la formalidad de la inscripción donde se distinguen dos sujetos de derechos, i.e. dos centros de imputación de derechos y deberes distintos, la persona jurídica y los miembros considerados individualmente⁽⁶⁹⁾. En la persona jurídica, como marca Fernández Sessarego, “se distingue tres niveles integrados por el dato formal derivado del aparato

(67) PEREIRA, Cajo Mário da Silva. Ob. cit., p. 310.

(68) LETE DEL RÍO, José Manuel. Ob. cit., p. 22.

(69) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Doctrina y legislación sobre la persona en el siglo XX”. En: *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica)*. Tomo I, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, p. 297.

normativo, por las conductas humanas intersubjetivas que constituyen, la dimensión sociológico-existencial de las personas jurídicas y por los fines valiosos que las caracterizan y le otorgan sentido”⁽⁷⁰⁾.

Fue esbozada, también, por Carlos Cossio y Miguel Reale.

10. CLASES

Dentro de la persona jurídica podemos encontrar distintos subtipos, “su propia y peculiar organización y los específicos fines propuestos en adecuación con las prescripciones-descripciones normativas, determinan de qué clase de persona jurídica se trata”⁽⁷¹⁾.

Las personas jurídicas se clasifican en los siguientes grupos:

Por su contenido:

Personas jurídicas de Derecho Privado

Siendo su interés netamente particular, es la individualidad la que determina sus objetivos.

Personas jurídicas de Derecho Público

Siendo su interés netamente estatal, es la presencia del Estado los que las marcan.

Personas jurídicas de Derecho mixto

Su interés es tanto privado como público, tiene de los dos.

Por su registro:

Personas jurídicas registradas

Personas jurídicas registrables como las sociedades, cooperativas, empresas individuales de responsabilidad limitada, asociaciones, comités, fundaciones, comunidades campesinas, entre otras.

(70) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa. Lima, 2012, p. 305.

(71) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 3.

Personas jurídicas no registradas

Básicamente los entes no personificados, aquellos no inscritos.

Por sus fines:

Con fines lucrativos

Llamadas societarias o mercantiles, están reguladas en la LGS y E.I.R.L., Reglamento de registro de sociedades. Buscan la ganancia, lucro, riqueza, especulación.

Son la sociedad anónima –común, cerrada y abierta–, sociedad civil, sociedad comercial.

Sin fines no lucrativos

Llamadas comunitarias, altruistas, humanitarias, filantrópicas están reguladas en Código Civil, Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas y en leyes especiales. Buscan el bienestar propio o de terceros.

Son la asociación, la fundación y el comité.

No debemos confundir con el aspecto patrimonial o económico, de los cuales no puede prescindir ninguna persona jurídica. Todas, todas realizan actividades comerciales (económicas) y cuentan con bienes, objetos (patrimonio) lo cual no limita o restrinja que sean no lucrativas.

Dependiendo de su conformación:

Pueden ser unilaterales (E.I.R.L. Fundación) bilaterales o plurilaterales.

11. ELEMENTOS

Aquello que compone a la persona jurídica lo tenemos esbozado en los siguientes elementos:

11.1. Sujetos

Es una entidad desprendida de hombre⁽⁷²⁾.

(72) OLAZÁBAL F., Leoncio. Ob. cit., p. 184.

Llamados partícipes, asociados, socios, accionistas, participacionistas (según sea el caso del tipo de persona jurídica que la integre).

Dentro de la creación y organización de la persona jurídica pueden participar:

- Concebido
- Persona natural
- Persona jurídica
- Estado
- Sucesión intestada
- Sociedad conyugal

11.2. Patrimonio

El patrimonio de una persona jurídica está constituido por todos los bienes y aportes. Pueden ser dinerarios, no dinerarios (bienes muebles e inmuebles), servicios, títulos valores o documentos de crédito a su cargo cuyo aporte no se considera efectuado hasta que el respectivo título o documento sea íntegramente pagado. A decir de Seoane⁽⁷³⁾ es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a su finalidad; es la base económica que le permite alcanzar sus objetivos y responder a sus obligaciones.

La función principal de la persona jurídica, como se ha consolidado en los últimos doscientos años, es la de asegurar la separación entre los patrimonios de la entidad y de las personas físicas que la integran⁽⁷⁴⁾.

11.3. Finalidad

Es el objetivo que persigue la persona jurídica. Este debe estar reflejado en un objeto social, circunscrito a su actividad, descrito detalladamente precisándose cada actividad a realizar, así como las afines y conexas. No puede ser genérico.

El objeto social puede ser modificado, ampliado, reducido y esto amerita una modificación parcial del estatuto.

(73) SEOANE, Mario. Ob. cit., p. 59.

(74) LÓBO, Paulo. Ob. cit., p. 172.

11.4. Forma

Dependiendo de la persona jurídica su forma de constitución varía pero siempre requiere de la formalidad notarial, sea a través de escritura pública o copias certificadas del libro de actas donde consta el acuerdo.

11.5. Registro

La inscripción es el acto esencial y básico en la persona jurídica. Es constitutivo y determina su existencia.

12. ATRIBUTOS

12.1. Denominación social

El nombre es el elemento de identificación de la persona jurídica. Forma parte de la identidad y tiene una proyección social relacionada con el ejercicio de la actividad para la cual ha sido creada.

- **Homonimia**

A diferencia de la persona natural, en principio no está permitido que una persona jurídica adopte como nombre completo o abreviado el de una persona jurídica inscrita, salvo consentimiento expreso de la sociedad inscrita previamente.

12.2. Domicilio

El domicilio cumple con una doble función:

Ubicar a la persona en un lugar determinado para efectos jurídicos y,

Circunscribir en un espacio físico las disposiciones legales que regulan sus actividades.

La designación del domicilio es uno de los requisitos indispensables para la inscripción registral de la persona jurídica. El domicilio elegido por los integrantes debe ser aquel en donde la sociedad desarrolla sus actividades o donde tiene una oficina administrativa.

12.3. Nacionalidad

La nacionalidad es el atributo referido a la pertenencia jurídica que le corresponde a una persona en razón de un país. Determina la vinculación

jurídica que existe entre una persona, natural o jurídica y el régimen legal de un Estado.

La doctrina se inclina por la tesis de que las personas jurídicas no tienen nacionalidad; si bien es cierto, la nacionalidad tiene importantes efectos jurídicos –como la dependencia jurídica frente al Estado–, no es menos cierto que su naturaleza es esencialmente política.

La legislación peruana especializada en temas societarios y/o de personas jurídicas no ha contemplado norma alguna con respecto al tema de la nacionalidad.

12.4. Capacidad

Tiene autonomía orgánica y funcional, así como su propia capacidad de autoorganización.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y para serle exigibles obligaciones. No cabe duda de que la capacidad es un atributo del sujeto de derecho, tanto de goce como de ejercicio.

Cuenta con una capacidad propia, patrimonial, procesal

12.5. Representación

La voluntad social se manifiesta mediante el cumplimiento de su objeto social a través de sus órganos o representantes.

Naturalmente al ser la persona jurídica un sujeto de derecho que carece de raciocinio y corporeidad propia, adopta, expresa y ejecuta sus actividades a través de las personas naturales que la conforman y/o representan, **persona representata**.

No puede actuar *per se*, *per membra sua*, sino por medio de un *procuratorem*.

13. IMPORTANCIA

Es inimaginable un mundo sin personas jurídicas. Como refiere Borda⁽⁷⁵⁾ citando a Butler “el más grande descubrimiento de los tiempos modernos, más precioso que el vapor o de la electricidad”. A cada instante,

(75) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 290.

todos los días, cada uno de nosotros se relaciona y contrata con ellas. La prestación de los servicios básicos que consumimos es ofrecido por personas jurídicas (luz, teléfono, transporte, gas, educación). Son la generalidad de casos que representan a los sujetos en el mercado.

Su razón de ser es variada:

- Crear un nuevo sujeto de derecho.
- Desvincular patrimonialmente a sus integrantes.
- Crear un ente con sus propios derechos, obligaciones y responsabilidades.
- Trascender la vida de la persona, hacerla inmortal.

Las áreas del Derecho que estudian y comprometen a la persona jurídica son:

- Derecho Civil.
- Derecho Societario.
- Derecho Empresarial.

Para Lôbo⁽⁷⁶⁾, en la segunda mitad del siglo XX el concepto de persona jurídica entra en crisis por dos factores: (i) la teoría de la desestimación de la persona jurídica; y (ii) la atribución de capacidad a los entes no personificados.

14. REORGANIZACIÓN

14.1. Modificación del estatuto

Es la alteración o cambio de contenido del estatuto, afecte su fondo o redacción. Este proceso queda sometido a la observancia de los requisitos que impone la ley.

La modificación se realiza en mérito del título que contenga el acuerdo correspondiente y debe consignarse el número del artículo del estatuto que se modifica, incorpora o deroga, así como el texto que lo compone.

(76) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 174.

14.2. Transformación

La transformación es el proceso por el cual una sociedad organizada y constituida de una forma determinada se convierte en otra sociedad, en un tipo de persona jurídica distinta de la original.

La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica.

14.3. Reorganización simple

Acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades, nuevas o preexistentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

14.4. Fusión

Es el proceso por el cual dos o más personas jurídicas de igual naturaleza se disuelven sin liquidarse con la finalidad de unir sus integrantes, su patrimonio y forman parte de una nueva persona jurídica o pasarán a una de ellas que tendrá la calidad de absorbente.

Solo se pueden fusionar personas jurídicas con las misma finalidad: asociaciones con asociaciones; personas jurídicas sin fines lucrativos entre sí y personas jurídicas con fines lucrativos entre sí; es inviable la fusión de una asociación con una sociedad anónima.

Se presentan los siguientes tipos:

- **Fusión creación**

Cuando dos o más sociedades se extinguen sin liquidarse con el propósito de crear una nueva sociedad que recibe el patrimonio de las compañías fusionadas.

- **Fusión absorción**

Una o más sociedades se extinguen para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica.

En la fusión la persona jurídica transfiere su patrimonio en un solo acto en bloque a título universal con todos los derechos y obligaciones que comprende.

La transformación efectiva se realiza cuando la fusión se efectúa, la que puede ser diferente al momento en que se toma el acuerdo.

14.5. Escisión

Es la fragmentación o fraccionamiento del patrimonio de una persona jurídica, transmitiendo cada fracción patrimonial a otras personas jurídicas existentes o por constituir, *i.e.* es la división de patrimonio para transferirlo a otra persona jurídica

Se presentan los siguientes tipos:

- **Escisión total o propia**

El patrimonio de la sociedad se divide entre dos o más bloques produciéndose la extinción de la sociedad escindida.

- **Escisión parcial o impropia**

El patrimonio de la sociedad se divide parcialmente en dos o más bloques. Subsiste la sociedad escindida.

15. DOCUMENTOS DE IDENTIDAD

15.1. Estatuto

Es el conjunto de normas que rige la vida de la persona jurídica, su organización y funcionamiento. Tiene carácter obligatorio dentro de la organización jurídica. En asuntos que no estén previstos en el estatuto se acude a la ley.

El estatuto debe otorgarse por escritura pública e inscribirse en el registro respectivo de personas jurídicas, acto que se efectúa conjuntamente con la Constitución.

El estatuto debe contener:

Contenido del estatuto	
Personas jurídicas con fines de lucro	Persona jurídica sin fines de lucro
1) La denominación de la sociedad,	1) La denominación, duración o domicilio,
2) La descripción del objeto social,	2) Los fines,
3) El domicilio de la sociedad,	3) Los bienes que integran el patrimonio social
4) La duración de la sociedad, con indicación del inicio de las actividades,	4) La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejos directivos y demás órganos de administración,
5) El monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita,	5) Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros,
6) Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características derechos especiales, o preferencias, que es establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias u obligaciones adicionales,	6) Los derechos y deberes de los asociados,
7) El régimen de los órganos de la sociedad,	7) Los requisitos para su modificación,
8) los requisitos para acordar el aumento o disminución de capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto,	8) Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes.
9) La forma y oportunidad en que debe de someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio, las normas para la distribución de las utilidades, y	
10) El régimen para la disolución y liquidación de la sociedad.	

El primer estatuto se denomina estatuto fundacional y en él está contenida la constitución de la persona jurídica, su creación. El acuerdo de una pluralidad de personas para formarlo, debiendo cumplir con ciertos requisitos como son la capacidad de las partes, el consentimiento, el objeto, siendo exigible en las personas jurídicas con fines de lucro que aporten bienes que van a constituir el capital o servicios, según el tipo de sociedad, y en las personas jurídicas sin fines lucrativos, el de señalar cómo se va a sostener económicamente, y el nombramiento de los administradores.

15.2. Libros

Los libros que debe tener la persona jurídica permiten seguir la secuencia corporativa y contable de la persona jurídica.

- Libro de actas.
- Libro padrón de asociados.

- Libros contables.

Pueden ser los tradicionales o en hojas sueltas, en ambos casos deben ser debidamente legalizados por ante notario público.

15.3. Registro Único de Contribuyentes

El Registro Único de Contribuyentes (RUC) es el padrón que contiene los datos de identificación de las actividades económicas y demás información relevante de los contribuyentes. El número del RUC asignado a cada contribuyente está compuesta por once dígitos.

Se encuentran obligados a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes todas las personas domiciliadas o no en el Perú que realicen actividades económicas por las que deban pagar tributos.

15.4. Partida registral

Es aquella unidad que contiene la historia registral correspondiente a la persona jurídica.

16. FIN

La persona jurídica termina con la inscripción de su extinción.

La extinción se puede dar:

Por acuerdo de las partes.

Por acción judicial (por quiebra).

Por ley.

Previa a la extinción se dan dos procesos preliminares:

16.1. Disolución

Es el acuerdo societario de poner fin a la persona jurídica.

16.2. Liquidación

Es de carácter contable, económico, financiero.

Es un proceso por el cual se pagan las deudas, se cumplen las obligaciones y se reparten el remanente.

17. NORMATIVA

Las normas que regulan a la persona jurídica son:

- Constitución
- Normativa internacional
- Código Civil
- Código Penal
- Ley General de Sociedades
- Reglamentos del Registro de sociedades
- Reglamento de inscripciones del registro de personas jurídicas

18. INSTITUCIONES AFINES

Al hablar de instituciones afines a la persona jurídica podemos señalar que existen las siguientes instituciones:

- Consorcios
- Juntas de propietarios
- Asociación en participación

Estos terminan siendo instituciones, no personas jurídicas.

19. TEORÍA DE LA IMPENETRABILIDAD

19.1. Introducción

Tal como escribió el jurista y profesor argentino, Julio Dassen “es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera. Una sociedad anónima es la dueña aparente de todos los bienes. Y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal”⁽⁷⁷⁾.

(77) Cit., por LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 101.

Esta teoría “consiste en la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de la sociedad o de los órganos sociales no solo a esta sino a sus socios o a quienes conformaron o impusieron la voluntad del ente para fines distintos”⁽⁷⁸⁾. Surge en la jurisprudencia anglosajona como un intento de solucionar los problemas generados por el uso abusivo de la personalidad jurídica⁽⁷⁹⁾. El motivo impulsor de las malas maniobras en una empresa siempre es el mismo: violar o eludir normas, ora referidas al régimen sucesorio o de la sociedad conyugal, ora al sistema impositivo o de previsión, a convenios sobre competencia o a la responsabilidad ilimitada, etc.⁽⁸⁰⁾. Lo cierto es que si una empresa posee bienes aportados por sus socios y que no son destinados a la explotación de la misma sino a la explotación comercial de bienes propios de sus integrantes, con el único fin de eludir obligaciones con terceros, ello implica un fraude que habilita a desenmascarar a sus autores.

La doctrina del *álter ego* se desarrolla al abrigo de la teoría del *disregard*⁽⁸¹⁾ considerando que los contratos no pueden perjudicar a terceros. El contrato social es válido, pero inoponible respecto de los afectados.

La pertinencia –teórica y práctica– de la *disregard of legal entity* es innegable.

Se presta para impedir el uso de la empresa como un verdadero escudo para cubrir el fraude y las simulaciones patrimoniales.

19.2. Denominación

Llamada allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica.

Regla de penetración, doctrina de la *instrumentality* o doctrina del *álter ego*, doctrina de la identidad, *lifting of veil* o *disregard of legal entity* [desatender o no hacer caso de la persona jurídica]; *piercing the corporate veil*, teoría de la impenetrabilidad, teoría de la penetración, rasgado

(78) VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”. En: *La Ley*, 10/08/2011, p. 1.

(79) ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*. N° 22, Lima, 2010, p. 219.

(80) CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. “Las doctrinas de la ‘penetración’ y de la ‘redhibición’ de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico”. En: <www.Laleyonline.com.ar> (01/05/2013).

(81) DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El *álter ego* en sociedades de capital”. En: *La Ley*. 2009-B, p. 633.

del velo societario o levantamiento de la personalidad, levantamiento del velo societario⁽⁸²⁾, que proviene de la expresión inglesa *to lift the veil*.

Espinoza Espinoza prefiere llamarlo “principio de relatividad de la persona jurídica”⁽⁸³⁾.

19.3. Concepto

La teoría de la penetración de las personas jurídicas es correr el velo de la personalidad con el objeto de determinar cuál es la realidad y quiénes son los verdaderos responsables de ciertos actos. Es decir, es quitar la máscara con la que pueden cubrirse quienes son dueños o controlan una persona jurídica a fin de analizar si dichos actos han sido utilizados por los propietarios como meros medios en beneficio exclusivamente propio o en detrimento de terceros. Esta teoría es un avance sobre las reglas generales del Derecho. Un remedio que puede utilizarse cuando existió abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad y, por lo tanto, su aplicación tiene carácter restrictivo. Debe considerarse a esta teoría no como la regla general sino como una excepción a usarse en determinados casos en forma específica y ante la certeza de que tras la persona jurídica se encubren los verdaderos beneficiarios de la actividad de esta. Es posible que una sociedad participe en otra –por ejemplo, conformando un grupo económico– caso en el que deberá ponerse atención no en este grupo económico, sino en si existió o no abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad con el objetivo de poder penetrar en el grupo económico, puesto que de no darse alguno de estos tres supuestos las personas jurídicas como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones deben ser respetadas en cuanto a sus atributos de la personalidad⁽⁸⁴⁾.

La desconsideración de la persona jurídica es la superación de la personalidad jurídica y, dado que el ente colectivo y los socios tienen autonomía patrimonial, esta superación solo debe ocurrir cuando se ha demostrado que el daño al acreedor es resultado del uso fraudulento o abusivo de la autonomía patrimonial⁽⁸⁵⁾. Este instituto tiene como finalidad autorizar la penetración en el núcleo de la personalidad. Se compone por una

(82) GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009, p. 364.

(83) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 179.

(84) GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991-E, p. 1595.

(85) Cfr. MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 134.

concesión legislativa a un ente jurídico que les permita encontrar a sus administradores para responsabilizarlos por los actos cometidos mediante el uso de la persona jurídica⁽⁸⁶⁾.

La aplicación de la doctrina de la *disregard* tiene como objetivo dar a conocer la realidad que se oculta bajo el velo de formalismo legal de manera que no prevalezca a expensas de los acreedores y los terceros de buena fe.

19.4. Definición

Para Guerra Cerrón: “Es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo y se examinan los reales intereses que existen en su interior. Así se evitan y detienen los fraudes y abusos que se estén cometiendo”⁽⁸⁷⁾.

Implica, en la práctica, el desconocimiento de la persona jurídica como sujeto de derecho autónomo y distinto de los miembros que la componen atribuyendo responsabilidad a quienes actuaron en nombre excesivo de ella.

II. DE LA ASOCIACIÓN, LA FUNDACIÓN, EL COMITÉ Y DEMÁS PERSONAS JURÍDICAS

1. ASOCIACIÓN

1.1. Concepto

El derecho de asociación busca consagrar esa facultad de las personas de congregarse formalmente para lograr fines comunes y satisfacer intereses afines entre ellos.

1.2. Definición

Es el conjunto de personas, naturales o jurídicas, que de forma estable y permanente llevan a cabo una actividad sin fines de lucro con la finalidad de satisfacer intereses en común. Para el Código: “La asociación

(86) Véase NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Río de Janeiro, 2007, p. 94.

(87) GUERRA CERRÓN, María Elena. Ob. cit., p. 364.

es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo” (art. 80).

1.3. Características

Entre estas tenemos las siguientes:

- **Conjunto de personas**

Sus integrantes puede ser personas naturales o jurídicas. La nota singular es que se requiere la pluralidad, dos o más, lo que caracteriza a la colectividad como sujeto de derecho.

- **Duración**

Estabilidad y permanencia.

La duración indefinida, trascendencia en el tiempo, es una nota que confiere solidez y trascendencia a la asociación como persona jurídica.

- **Finalidad**

Satisfacer intereses de sus integrantes.

Entendido como el objetivo, el fin debe ser lícito, posible y determinado. El acto constitutivo debe contener los requisitos propios de todo acto jurídico pero, fundamentalmente, la finalidad del mismo. Además de ello, el fin debe ser no lucrativo, *i.e.* que no busca un provecho económico.

A través de esta persona jurídica lo lucrativo queda de lado lo obtenido como ganancia se reinvierte en la misma.

- **Interés en común**

La satisfacción de intereses de sus integrantes es una de las características más particulares de la asociación. Se denota por el hecho de que su formación está fundamentada en la idea que a través de ella sus integrantes consigan satisfacer intereses en común. La asociación se constituye en un mecanismo para concretar las aspiraciones colectivas de los miembros que la conforman.

1.4. Naturaleza jurídica

Se trata de un sujeto de derecho colectivo.

Por su propia naturaleza *universitas personarum*, los asociados se hallan unidos en cuanto al esfuerzo y fin comunes que caracterizan al ente colectivo. Lo fundamental es la vinculación de personas para tal finalidad.

1.5. Organización

Cuenta con dos órganos:

- **Asamblea general**

Es el órgano supremo.

Se encarga de decidir la función de la asociación. Reúne a todos los asociados.

- **Consejo directivo**

Es el órgano de gobierno.

Se encarga de establecer las directrices que deben guiar a la asociación. Ejecuta los actos aprobados por la asamblea y hace cumplir el Estatuto. Reúne a los asociados elegidos por la asamblea general. Cuenta con un Presidente y un secretario y, dado el caso, con otros cargos (vicepresidente, vocales).

1.6. Constitución

Se requiere el acta de constitución transcrita en el libro de actas (previa y debidamente legalizado), minuta y correspondiente escritura pública, la que procede a inscribirse.

1.7. Disolución

Puede presentarse en tres casos:

- Por acuerdo mayoritario en asamblea general.
- De pleno derecho (vencimiento del plazo de duración, si se cumplió con el fin específico propuesto, por reducción notable del número de asociados, hasta el porcentaje fijado por el Estatuto); y,
- Cuando el Poder Ejecutivo pide a la Corte Suprema su disolución si sus fines o actividades son contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

1.8. Destino del patrimonio

Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior ordenará su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación (art. 98).

1.9. Otras formas asociativas

Aliaga considera que: “La asociación se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 80 al 98; al respecto y considerando que este cuerpo normativo regula la forma básica de este tipo de persona jurídica, sus disposiciones –además de las ‘generales’ (contenidas en los artículos 76 al 79)–, deberían ser aplicables supletoriamente a las otras formas asociativas reguladas en leyes especiales, tales como las asociaciones pro-vivienda, asociaciones deportivas, asociaciones de padres de familia, organizaciones sociales de base y otras, en todo aquello que no se oponga a las leyes especiales”⁽⁸⁸⁾.

Tal es el caso de:

- Vaso de leche.
- Ollas comunes.
- Núcleos ejecutores.
- Comedores populares.
- Colegios profesionales.
- Organizaciones de pobladores.
- Asociación de padres de familia - Apafa.
- Juntas de propietarios del régimen de la propiedad exclusiva y propiedad común.

(88) ALIAGA HUAPARITA, Luis Alberto. *Las asociaciones. Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 30.

2. FUNDACIÓN

2.1. Concepto

Es la asignación que hace el fundador de un patrimonio (bienes, rentas, dinero) para un fin altruista específico, concreto y permanente. Es parte del ejercicio del derecho de propiedad “el derecho de fundación no es en el fondo sino una manifestación más de la facultad de disposición que asiste a todo propietario”⁽⁸⁹⁾.

2.2. Definición

Está representada por el bien afectado con fines altruistas. Para el Código: “La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social”, artículo 99. Para Lasarte “es la persona jurídica de sustrato patrimonial por excelencia: una vez constituida no importan en ella tanto la persona del fundador cuanto el conjunto de bienes (o patrimonio) que este separa o individualiza para atender a un fin determinado”⁽⁹⁰⁾.

2.3. Características

Entre estas tenemos las siguientes:

- **Constituyente**

Quien la constituye puede ser persona natural o jurídica. La nota singular es que no se requiere la pluralidad, puede ser uno solo el fundador.

- **Duración**

Estabilidad y permanencia.

La fundación debe ser permanente, por tiempo indefinido. Se instituye para tener vida duradera. Por ello, no puede ser transitoria ni efímera su existencia.

- **Finalidad**

El fin fundacional es especial.

(89) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 221.

(90) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 328.

Debe ser determinado, precisándose debidamente en la constitución. El fin debe ser lícito dado el carácter altruista, desinteresado, benéfico, social. No puede ser contrario ni al orden público ni a las buenas costumbres.

- **Interés social**

La satisfacción de un interés social, comunitario, hacia la colectividad.

2.4. Naturaleza jurídica

Se trata de un sujeto de derecho colectivo.

Lo principal la conjunción de bienes, se trata de una *universitas bonorum*.

2.5. Elementos

Personal

- **Fundador**, quien decide constituir la fundación.
- **Beneficiarios**, quienes se ven favorecidos con la fundación.

Patrimonial

Es el elemento esencial y básico, *universitas bonorum* (universalidad de bienes).

- **Bien afectado**

El fin de la fundación gira en torno al bien que, dado su valor (económico, cultural, religioso, científico) es afectado –intervenido– evitando su pérdida o deterioro permitiendo su conservación y cuidado en beneficio de la comunidad.

2.6. Organización

Cuenta con dos órganos:

- **Administrador**

Es el órgano de funcionamiento y gestión.

- **Consejo de supervigilancia de fundaciones**

Es el órgano fiscalizador.

2.7. Constitución

La fundación se constituye por acto unilateral del fundador, sea *acto inter vivos*, Escritura Pública o *acto mortis causa*, Testamento, inscribiéndose el Registro de Personas (Libro de fundaciones).

2.8. Disolución

Tres motivos son los que dan lugar a la disolución de la fundación:

- Por haberse cumplido el fin específico señalado o el plazo fijado.
- Cuando desaparezca el patrimonio o resulte insuficiente, y;
- Cuando su fin deviene incompatible con la ley o con la situación real.

2.9. Destino del patrimonio

El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo, de no ser posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede (art. 110).

3. COMITÉ

3.1. Concepto

En este caso, a diferencia de la asociación, se consagra la facultad de asociarse formalmente para lograr fines comunes y satisfacer intereses de terceros.

3.2. Definición

Es una organización de personas, naturales o jurídicas, cuya actividad es la de dirigirse al público con el propósito de recaudar aportes destinados a una finalidad valiosa, altruista y no lucrativa. Para el Código: “El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista” (art. 111).

3.3. Características

Entre estas tenemos las siguientes:

- **Conjunto de personas**

Quien o quienes la constituyen, sujetos de derecho, pueden ser personas naturales o jurídicas. La nota singular es que requiere la pluralidad.

- **Duración**

Temporal o permanente, dependiendo de su finalidad.

Lo normal es que sea transitorio: “Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación” (art. 121).

- **Finalidad**

Satisfacer intereses de terceros necesitados de algún requerimiento.

Entendido como el objetivo, el fin debe ser lícito, posible y determinado. Cumplido el mismo el comité se extingue. Es básicamente altruista, solidario, humanitario. Lograr la complacencia del bien ajeno incluso a costa del propio.

- **Interés social**

La satisfacción de un interés social, comunitario, hacia la colectividad. Busca ayudar a terceros afectados o desvalidos –por desastres, calamidades, faltos de infraestructura–, personas necesitadas o requeridas de ayuda social.

3.4. Naturaleza jurídica

Se trata de un sujeto de derecho colectivo.

3.5. Elementos

Personal

- **Promotores**, son quienes la constituyen y pueden ser los administradores y gestores.
- **Erogantes**, quienes aportan el patrimonio.
- **Beneficiarios**, quienes se ven favorecidos con el comité.

Patrimonial

Los ingresos que conforman el patrimonio se obtienen por recaudación pública a través de donaciones, óbolos, aportes, colectas, aportes de bienes.

3.6. Organización

Cuenta con dos órganos:

- **Asamblea general**

Es el órgano supremo.

Se encarga de decidir la función de la asociación. Reúne a todos los asociados.

- **Consejo directivo**

Es el órgano de gobierno.

Se encarga de establecer las directrices que deben guiar al comité. Ejecuta los actos aprobados por la asamblea y hace cumplir el estatuto. Reúne a los asociados elegidos por la Asamblea General. Cuenta con un presidente y un secretario y, dado el caso, con otros cargos (vicepresidente, vocales).

- **Ministerio Público**

Es el órgano fiscalizador.

3.7. Constitución

El acto constitutivo y el estatuto del comité deben constar por escrito e inscribirse en el registro respectivo.

La urgencia y economicidad para su formalización es la nota que caracteriza al Comité por lo que se ha simplificado su constitución. Así, se prescribe que: “El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores”, segundo apartado del artículo 111 del Código.

3.8. Destino del patrimonio

El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberles sido presentadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité. Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el Consejo entregará el haber neto a la entidad de Beneficencia Pública del lugar, con consentimiento del Ministerio Público (art. 122).

BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA HUAPARITA, Luis Alberto. *Las asociaciones. Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*. N° 22, Lima, 2010.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*, 21ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil: Normas, Sujetos y Relación Jurídica*. Tomo I, Vol. 1, Ed. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. “Las doctrinas de la ‘penetración’ y de la ‘redhibición’ de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico”. En: www.Laleyonline.com.ar (01/05/2013).
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
- DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. “Personas jurídicas: Propuestas de enmienda”. En: *Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1995.
- DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El álder ego en sociedades de capital”. En: *La Ley*. 2009-B.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- ESPARTERO CASADO, Julián (coordinador). *Introducción al Derecho del Deporte*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rhodas, Lima, octubre de 2006.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo II, 6ª edición, Grijley, Lima, Mayo de 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Doctrina y legislación sobre la persona en el siglo XX”. En: *Instituciones del Derecho Civil peruano* (visión histórica). Tomo I, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2001.
- FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. Eduardo Ovjro y Maury. Ed. Reus, Madrid, 1929.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999.
- GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991-E.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I, Universidad de Lima, Fondo de desarrollo editorial, Lima, 1998.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3ª edición, UNMSM, Lima, 1980.

- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3ª edición, UNMSM, Lima, 1980.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LÔBO, Paulo. *Parte general* (Direito civil). Saraiva, São Paulo, 2009.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 1, Bookseller, Campinas, 1999.
- NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Río de Janeiro, 2007.
- OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Garcilaso, Cuzco, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición. Los Amigos del Libro, Bolivia, 1994.
- SAR, Omar A. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. 2ª edición, Nomos & Thesis editorial, Lima, 2005.
- SEOANE, Mario. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana*. Grijley, Lima, 2005.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.

- TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *El centro del debate constitucional en 1993*. Tomo I, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.
- VEGA MERE, Yuri. “Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002.
- VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”. En: *La Ley*, 10/08/2011.

CAPÍTULO QUINTO

ENTE NO PERSONIFICADO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Características. 7. Naturaleza jurídica. 7.1. Sujeto de derecho. 7.2. Mera colectividad en la que responden sus integrantes. 8. Clases. 9. Documentos de identidad. 10. Inicio. 11. Fin. 12. Grupos despersonalizados. 13. Tratamiento.

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento normativo de los entes no personificados es una forma de reconocer la informalidad en una sociedad y, además, de tender a su formalización. El actuar carente de forma legal es una realidad que debe ser reconocida por el Derecho a través de sus normas con la finalidad de delinear su actuar y sus consecuencias.

El ente no personificado es un tipo de sujeto de derecho especial cuya colectividad que no ha cumplido con las pautas legales para constituir a la persona jurídica. En razón de ello, pero reconociendo su existencia, realidad, trascendencia y proyección en la sociedad el Derecho se ha encargado de normarlo. De otorgarle cierta personería.

2. ANTECEDENTES

Los antecedentes legislativos, que sirvieron de referencia a nuestro Código, son el Código italiano (*Delle associazioni non riconosciute*, arts. 36 a 68), siendo tomada esta institución por el Código portugués (*Associações sem personalidade jurídica e comissões especiais*, arts. 196 a 201).

Menciona claramente Fernández Sessarego⁽¹⁾ que en atención a la realidad de nuestro país se consideró indispensable regular normativamente la actividad creadora de relaciones jurídicas de aquel conjunto de personas que, presentes en la vida social y actuando tal cual entes legales, no habían cumplido con la inscripción y, por tanto, no asumían la categoría de persona jurídica.

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 448.

No estuvieron reguladas en el Código del 36.

3. CONCEPTO

El ente no personificado es adjudicado a las uniones de personas que con la finalidad de llevar a cabo un proyecto en común no terminan de cumplir con las exigencias normativas para su constitución como persona jurídica, de forma que su falta de inscripción conlleva a un tratamiento especial; no están al margen de la ley, son legales y con personería jurídica acorde con su realidad.

Se les ha otorgado una categoría jurídica debido a que después de una comprobación intuitiva se admitió que el Derecho no puede dejar de lado tanto a la vida humana comunitaria como a los valores jurídicos en ella vivenciados, siendo las organizaciones no formales una realidad palpante

Su regulación no establece la creación de otras personas jurídicas sino, simplemente, otorga subjetividad al determinar el Código algunas normas de conducta intersubjetiva aplicables a aquellos entes que no cumplen con la formalidad legal de constituirse como personas mediante instrumento inscrito.

4. DENOMINACIÓN

El *nomen* utilizado es variado.

Las diversas denominaciones buscan diferenciarla de la persona jurídica, entre ellas tenemos:

- Ente no personificado.
- Ente autónomo de facto.
- Organización no inscrita.
- Persona jurídica de facto.
- Persona jurídica de hecho.
- Persona jurídica no inscrita.
- Personas jurídicas irregulares.
- Organización de personas no inscritas.
- Asociaciones sin personalidad jurídica - ASP.

En el Derecho comparado tenemos, *associazioni non riconosciute*, *persone giuridiche senza personalità giuridica* (Italia), asociación sin capacidad jurídica, *nichtrechtsfähiger Verein* (Alemania), 54 del BGB, *associações sem personalidade jurídica* (Portugal), Menezes prefiere llamarla asociaciones no personalizadas o personas rudimentarias⁽²⁾.

5. DEFINICIÓN

Para Espinoza es la “agrupación de personas (naturales o jurídicas) que actúan conjuntamente con fines no lucrativos, pero que no han cumplido con la formalidad de su inscripción”⁽³⁾.

Es aquella organización de personas que encontrándose presentes en la vida social y actuando como si fueran personas jurídicas no cumplen con el requisito de su inscripción en el registro, por lo que no asumen la categoría de persona jurídica en tanto centro unitario de derechos y deberes. Es, en definitiva, el conjunto de personas organizadas pero no formalizadas que buscan en sí un fin valioso. Aquellas organizaciones que sin ser personas jurídicas actúan como tal y que en mérito de ello el Derecho las consagra como sujetos de derecho independientes.

6. CARACTERÍSTICAS

El ente no personificado posee las siguientes características:

- **Sujeto de derecho colectivo múltiple**

Conformado por una pluralidad de miembros, sean personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, *stricto sensu*, no constituye un centro de imputación de derechos y deberes en el pleno sentido de la institución debido a que no se ha realizado la reducción a la unidad legal que es la persona jurídica.

Los derechos y deberes son asumidos por todos y cada uno de sus integrantes de forma solidaria y, en lo que respecta al patrimonio, se le confiere un fondo común.

(2) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 793.

(3) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organización de personas no inscritas*. Tomo II, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2012, p. 471.

- **Pluralidad de persona**

Se reconoce a la pluralidad de personas como una agrupación legalmente aceptada.

Se mantiene como una simple pluralidad de individuos, más que como un sujeto de derecho independiente, al cual se le concede subjetividad jurídica autónoma pero sin independencia e individualidad jurídica.

Esta pluralidad de personas tiene una categoría especial.

- **Responsabilidad individual y solidaria**

Al no existir propiamente un sujeto de derecho independiente cada uno de sus miembros responden de manera solidaria ante las obligaciones asumidas. Estos asumen en cabeza propia los compromisos, siendo responsables al no existir un ente que asuma per se las relaciones jurídicas.

Se trata de un caso de atribución legal de la solidaridad (art. 1183).

- **Falta de forma o registro**

La falta de forma o registro impide su individualización como persona jurídica, de allí que se le atribuya una subjetividad especial. Esta falta de forma o registro puede deberse a múltiples razones por ejemplo error, ignorancia, falta de tiempo, carencia de capital para invertir en la formalización o por un mero apuro.

El hecho es que las colectividades no inscritas son una realidad que ameritan una normación.

- **Fondo común**

Al no existir una individualidad jurídicamente reconocida, un nuevo sujeto de derecho, no existe ni puede determinarse un patrimonio sino, solo, un fondo común que termina siendo en partes de cada uno de sus integrantes, una suerte de patrimonio imperfecto.

Una diferencia de esta categoría jurídica nos la brinda Espinoza Espinoza quien indica que “en la hipótesis de las organizaciones de personas no inscritas el ordenamiento jurídico concede subjetividad a la pluralidad de personas que la conforman. En efecto, la categoría jurídica de sujeto de derecho recae sobre la organización de personas no inscritas, cuyo sustrato ontológico (al igual que en la persona colectiva o jurídica) reside en las personas que la conforman. Sin embargo, debe tenerse en

cuenta que este tipo especial de sujeto de derecho tiene autonomía patrimonial imperfecta”⁽⁴⁾.

- **Desincentiva su realización**

Al comprometer el patrimonio de cada uno de sus integrantes y tener estos responsabilidad solidaria se desincentiva a su realización o, en todo caso, se promueve su formalización y, en definitiva, su inscripción.

- **Fin**

El ente no personificado finaliza cuando:

- Se inscribe, convirtiéndose en persona jurídica, o;
- Existe voluntad de dejarlo sin efecto, de dar por terminada sus actividades.

7. NATURALEZA JURÍDICA

Se plantean dos tendencias.

7.1. Sujeto de derecho

Fernández Sessarego⁽⁵⁾ consideró indispensable regular normativamente la actividad creadora de relaciones jurídicas de aquellas organizaciones de personas que actuando como si fueran personas jurídicas no cumplieran con el requisito de la inscripción en el registro. Estas organizaciones venían actuando en la realidad y, por lo tanto, era necesario regularlas normativamente como una categoría especial de sujeto de derecho distinta a la de persona jurídica. La especialidad de este sujeto de derecho radica en el hecho de que al no estar inscrito no constituye un centro unitario de imputación de deberes y derechos.

7.2. Mera colectividad en la que responden sus integrantes

No es, stricto sensu, un centro de imputación de derechos y deberes debido a que no se ha realizado la reducción a la unidad ideal, a un sujeto de derecho.

(4) ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 10.

(5) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 448.

Frente a ello, tenemos:

- Se mantiene como una pluralidad de sujetos.
- Cada uno de ellos responden solidariamente ante las obligaciones asumidas.
- No existe un patrimonio sino un mero fondo común.
- Pueden comparecer ante un proceso judicial.
- Celebrar actos jurídicos.

Son entes con cierta personería sin ser totalmente sujetos de derecho ni menos personas jurídicas.

8. CLASES

Por sus fines:

- Con fines lucrativos

Llamadas societarias o mercantiles, están reguladas en la LGS y E.I.R.L., Reglamento de registro de sociedades. La Ley General de Sociedades las llama sociedades irregulares.

- Sin fines no lucrativos

Llamadas comunitarias, altruistas, humanitarias, están reguladas en el Código Civil como son la asociación, fundación y comité.

9. DOCUMENTOS DE IDENTIDAD

Lo que caracteriza al ente no personificado es que puede contar con un Registro Único de Contribuyentes - RUC. Esto es una manera de formalizar, de aceptar y guiar las actividades de los informales, de otorgarles un acceso a la contratación y la tributación, haciéndolos contribuyentes activos con la sola presentación de la minuta suscrita, ingresada a la notaría con la correspondiente constancia de reserva de nombre ante Registros Públicos.

10. INICIO

Está marcado con la mera voluntad de sus integrantes de iniciar, de dar curso a sus actividades corporativas. Es el acto y el hecho lo que marca a este ente colectivo.

Pueden darse diferentes casos:

- Mera voluntad sin forma alguna.
- Voluntad formalizada en minuta.
- Voluntad formalizada en escritura pública.
- En proceso de inscripción.

De esta manera, las personas así organizadas no pueden atribuir a este comportamiento organizativo una declaración de voluntad distinta a aquella que muestran. Es el quehacer lo que marca su existencia legal. El hecho es lo determinante, sin posibilidad voluntad posterior contraria. Esto se encuentra sustentado en:

- **La teoría de los actos propios**, lo aceptado / realizado no puede, luego ser negado.
- **La protesta contradictoria no es válida**, según la máxima jurídica *protestatio facta contraria non valet* (No quiero ofenderte, idiota; no te quiero pero muero sin ti).

Todo acto jurídico realizado por una colectividad antes de la inscripción implica un ente no personificado.

11. FIN

El ente no personificado finaliza cuando:

Se inscribe, convirtiéndose en persona jurídica, o;

Existe voluntad de dejarlo sin efecto, de dar por terminada sus actividades.

12. GRUPOS DESPERSONALIZADOS

El Derecho brasileño tiene un concepto un poco más amplio, englobando todo aquello que implica comunidad sin forma previa, a los cuales llama grupos despersonalizados.

A criterio de Lôbo⁽⁶⁾ son entes o entidades dotados de capacidades de derecho y de ejercicio limitadas a quienes se les otorga capacidad jurídica para la consecución de sus finalidades. Para Diniz⁽⁷⁾ es el grupo con personificación anómala que constituye una comunidad de intereses o un conjunto de derechos y obligaciones, de personas y de bienes sin personalidad jurídica y con capacidad procesal, mediante la representación. Gomes⁽⁸⁾ los denomina núcleos unitarios.

Como ejemplos de estos tenemos a la familia, la masa indivisa de bienes hereditarios y el condómino.

13. TRATAMIENTO

El Código Civil trata a la asociación, fundación y comité no inscrito.

(6) LÔBO, Paulo. *Parte general (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 184.

(7) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 250.

(8) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro 2001, p. 197.

BIBLIOGRAFÍA

- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organización de personas no inscritas*. Tomo II, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, mayo de 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- LÔBO, Paulo. *Parte general* (Direito civil). Saraiva, São Paulo, 2009.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas, 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2007.

CAPÍTULO SEXTO

OBJETO DE DERECHO

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Etimología. 3. Noción. 4. Definición. 5. Características. 5.1. Utilidad. 5.2. Poder del sujeto. 5.3. Típicos y lícitos. 5.4. Valuables. 5.5. Tutelado. 5.6. Composición. 5.6.1. Bienes jurídicos. 5.6.2. Derechos. 5.6.3. Prestaciones. 6. Naturaleza jurídica. 7. Clases. 7.1. Cosa. 7.2. Bienes. 7.3. Bienes jurídicamente protegidos. 8. Importancia. 9. Objeto del Derecho. 9.1. Definición. 9.2. El objeto en el Derecho.

1. GENERALIDADES

Todo lo que no es sujeto es objeto⁽¹⁾. **Objeto** y sujeto, a decir de Orgaz⁽²⁾, son elementos que se contraponen pero a la vez, diríamos nosotros, se integran; a decir de Alessandri⁽³⁾ no se puede ser a la vez sujeto y objeto aunque plantea casos especiales como:

- La persona como objeto de derecho de sí misma (actos de disposición del cuerpo).
- La persona ajena como objeto de derecho de otra (patria potestad, tutela, curatela).
- El cadáver como cosa (uso y destino).

El sujeto es **vitalidad**, un fin. El objeto **utilidad**, un medio. Ambos componen y estructuran la relación jurídica-subjetiva, son dos presupuestos lógicos de toda esta⁽⁴⁾, cada cual en su posición y dimensión jurídica. “La persona es el sujeto de la relación y no puede aparecer sino como sujeto de la misma; en consecuencia debe rechazarse la hipótesis de que la persona pueda, bajo ningún concepto, ser considerada como un objeto de la relación jurídica, entendiendo aquí por objeto toda entidad material o

(1) “Hay una distinción esencial entre persona y cosa. La persona puede ser sujeto, pero no objeto, de una relación jurídica. A la inversa, la cosa puede ser objeto, pero no sujeto de una relación de derecho”. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 302, nota 1 bis.

(2) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 3.

(3) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990, p. 582.

(4) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., p. 3.

inmaterial que concreta el interés implicado en la relación”⁽⁵⁾. Dignidad, valor intrínseco de la persona y extrínseco de la cosa al servirle al hombre.

Sujeto	Objeto
Vitalidad	Utilidad
Digno	Instrumental
Fin	Medio
Valor moral	Valor económico

Tanto el sujeto como el objeto son centros de referencia para el Derecho. Y es que, citando a Espinoza: “A lo largo del estudio del Derecho siempre encontraremos una copresencia entre aquellos centros de imputación de derechos, deberes, adscribibles, siempre y en última instancia al ser humano (sujetos de derecho), y aquellos centros de referencia de intereses sobre los cuales se ejerce un poder jurídico, asignados única y exclusivamente, a cualquier tipo de bienes, sean esos materiales o inmateriales”⁽⁶⁾.

		Centros de referencia en el Derecho
SU OB	JETO	

Todo derecho subjetivo requiere, necesariamente, de un sujeto y un objeto. Uno y otro son complementos entre sí que determinan la generación de efectos en las relaciones jurídicas. A decir de Valencia Zea: “El **sujeto** es la persona capaz de ser titular de derechos y obtener de ellos las ventajas que puedan suministrarle; el **objeto**, en cambio, representa aquello sobre lo cual normalmente se ejerce el derecho y que integra su contenido”⁽⁷⁾.

Pero no debemos ni podemos confundir *cosa* con **objeto de derecho**. El **objeto de derecho** puede ser una cosa, como los derivados de los derechos reales y los sucesorios, mas también puede ser una actividad humana o componerse de bienes incorpóreos⁽⁸⁾. Ahora bien, el concepto jurídico de cosa es más estrecho que el de objeto de la relación jurídica pues las cosas son, únicamente, uno de los posibles objetos de la relación, así

(5) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 3.

(6) ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012, p. 18.

(7) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 293.

(8) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 200.

como lo pueden ser los servicios, en este caso se piensa en una relación jurídica de carácter obligacional, cuyo objeto es la prestación⁽⁹⁾.

2. ETIMOLOGÍA

Se deriva de *ob*, sobre, encima y del verbo *iacere*, lanzar, tirar.

Del latín *obiectum*, con el mismo significado, uso sustantivado de *obiectus* que literalmente significa lo que está enfrente. Antiguamente *obiectus* era algo de poco valor que podía arrojarse sin mayor preocupación (de ahí el derivado abyecto).

En algunos países el término objeto tiene la misma raíz, *objekt*, en alemán; *objet*, francés; *object*, inglés; *oggetto*, italiano; *objecto*, portugueses, por citar algunos.

3. NOCIÓN

Según Espinoza Espinoza⁽¹⁰⁾ el término objeto puede tener dos nociones:

- **Carácter general**, es todo aquello que es externo respecto a un punto de observación determinado, por lo tanto, el objeto de derecho es la realidad misma.
- **Carácter restrictivo**, se reserva el término para indicar el objeto específico de una tutela atribuida a un sujeto.

El objeto de derecho es todo aquello que existe en el mundo exterior y fuera del hombre, “aquello sobre lo que se exterioriza el diverso poder del sujeto”⁽¹¹⁾. Lo que lo rodea y de lo que se vale para satisfacer sus necesidades, si tomamos una noción material o, aquella voluntad que genera un compromiso en el hombre.

(9) PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit., p. 771.

(10) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 18.

(11) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 258.

4. DEFINICIÓN

Para Luis Recaséns Siches es “todo aquello susceptible de constituir materia de una relación de una protección jurídica”⁽¹²⁾. Según Gomes⁽¹³⁾, son los bienes y las prestaciones, también puede ser objeto de derecho otra persona en algunas relaciones personales. Como refiere Messineo: “El objeto de derecho es uno de los puntos o términos de referencia de la relación jurídica, o sea, del deber jurídico y del derecho subjetivo. Todo lo que es externo al sujeto”⁽¹⁴⁾. A criterio de Messinetti, el fundamento de la noción de objeto del derecho reside en una relación de valor, en cuyos términos (sujeto-objeto, interés-útil), siendo el uno complemento esencial del otro, son todos postulados en la noción misma⁽¹⁵⁾. Objeto de derecho es aquella entidad o situación del mundo externo que constituye el punto de referencia necesario de un interés jurídicamente protegido en cuanto tiene la calidad de representar para el sujeto, en relación a determinados propósitos suyos, una situación útil⁽¹⁶⁾. Implica una situación útil cuyo logro viene asegurado al sujeto mediante un específico instrumento de tutela (situación subjetiva), que tiene como fin el disfrute y el goce⁽¹⁷⁾. Por su parte, De Ruggiero sostiene que es toda entidad pensable, real o irreal, perteneciente a la naturaleza racional o irracional.

Espinoza Espinoza considera que “es todo bien, material o inmaterial, sobre el cual recae el poder jurídico del sujeto de derecho”⁽¹⁸⁾. Pérez Caballero⁽¹⁹⁾ sostiene que es todo lo concreto o abstracto que no sea persona humana. Torres Vásquez⁽²⁰⁾ refiere que el término objeto resulta siendo polivalente usándose con varios significados como relación jurídica, como prestación, como bien.

Stricto sensu y jurídicamente hablando, la doctrina ha definido al objeto de derecho como: “Toda realidad corpórea o incorpórea susceptible

(12) RECASÉNS, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6ª edición, Ed. Porrúa, México, 1981, p. 164.

(13) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 200.

(14) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 257.

(15) MESSINETTI, Davide (voz). “Oggetto del diritto”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXIX, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, p. 809.

(16) Ídem.

(17) Íbidem, p. 811.

(18) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 13.

(19) PÉREZ CABALLERO, Aurelio. *Diccionario jurídico peruano*. CDI, Lima, s/f, p. 92.

(20) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª ed., Idemsa, Lima, mayo de 2007, p. 224.

de constituir la materia sobre la que recaiga una relación jurídica”. Por lo que consideramos que el objeto de derecho es todo aquello concreto o abstracto que carece de vitalidad, que le falta la cualidad de tener vida, siendo material y útil para el hombre. Como entidad legal en ella recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica.

5. CARACTERÍSTICAS

De Cupis⁽²¹⁾ nos dice que el objeto presenta, de hecho, dos características: 1) se encuentra en un nexo estrechísimo con la persona, a punto de poder decirse que es orgánico; 2) se identifica con los bienes de mayor valor susceptibles de dominio jurídico.

Desde el punto de vista práctico podemos decir que el objeto de derecho tiene las siguientes características:

5.1. Utilidad

Tiene un carácter instrumental, “se tiene derecho a algo o sobre algo ese algo es el objeto”⁽²²⁾. Es el patrimonio, las cosas, los bienes. Son elementos que satisfacen las necesidades del sujeto de derecho.

La persona se vale de los objetos para la realización de sus necesidades. Los bienes objeto de los derechos de la persona satisfacen necesidades de orden física o moral⁽²³⁾. No hay duda de que puede establecerse entre los bienes una jerarquía que deriva de su propia función, la cual consiste en la satisfacción de necesidades⁽²⁴⁾. La utilidad y eventualmente materialidad es lo distintivo del objeto. Tiene que ver con el beneficio que a través de él obtiene el ser humano. Como tal, le sirve a la persona. Ella lo usa, emplea, utiliza y desecha porque es de su pertenencia y dependencia.

El objeto constituye la materia y el componente que el Derecho regula, es el elemento del que nos servimos para vivir. Es así que, desde el punto de vista jurídico, se ha considerado al objeto como lo que cae bajo la potestad, en poder de disposición del hombre.

(21) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 1ª edición, traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Ed. Romana, Campinas - SP, 2004, p. 29.

(22) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 166.

(23) DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p. 33.

(24) *Ibidem*, p. 29.

5.2. Poder del sujeto

El objeto de cualquier derecho subjetivo viene a ser su término de referencia, *i.e.* aquello sobre lo cual recae el poder⁽²⁵⁾. Está indefectiblemente sometido al poder y titularidad del sujeto de derecho. El objeto requiere tener existencia propia y que sea susceptible de utilización y apropiación⁽²⁶⁾. Cuando hablamos de objeto nos referimos indirectamente al poder del titular de un derecho subjetivo. Es lo material o inmaterial sobre el que recae el poder en que consiste un derecho subjetivo.

Sin embargo, debemos diferenciar entre **objeto del contenido**, a criterio de Gonzales Barrón⁽²⁷⁾, el primero es el elemento externo sobre el que recae el poder jurídico; el segundo, es el conjunto de poderes o haz de facultades que se pueden ejercitar sobre el objeto⁽²⁸⁾. Cita como ejemplo el hecho que una finca puede ser **objeto** de propiedad o de usufructo siendo el **contenido** de estos derechos distintos: la propiedad, puede disponerse; el usufructo, solo disfrutar.

Toda relación jurídica tiene un objeto, sea este un bien o una cosa; inversamente, toda cosa, como objeto de derecho, sufre **dominación** de un sujeto⁽²⁹⁾. Sujeto y objeto de derecho son términos que forman parte del concepto **relación jurídica subjetiva**. “Si el sujeto de derecho es tal porque el orden jurídico le reconoce la posibilidad de exigir lo **suyo**, el objeto es todo lo susceptible de considerado como **suyo** por el sujeto”⁽³⁰⁾.

De esta manera, se revela cómo es que existe, más que una relación de dependencia, una relación de propiedad o de posesión entre el objeto y el sujeto que permite la disposición de este.

(25) GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. 2ª edición, Ediciones Legales, Lima, julio de 2009, p. 53.

(26) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 201.

(27) GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. Ob. cit., p. 53.

(28) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 258.

(29) Cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 400.

(30) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964, p. 122.

5.3. Típicos y lícitos

Dada su diversidad, existe una legislación especial que regula a los objetos de derecho, mencionándolos, clasificándolos y ordenándolos.

El orden es lo que marca su finalidad.

5.4. Valuables

Al ser parte del patrimonio representan un valor económico, un *quantum*.

Para decidir si un objeto es cosa no vale el criterio naturalístico. El concepto jurídico de cosa obedece a un criterio esencialmente económico y social, dejando de lado lo sentimental o espiritual que si bien puede tener un valor no podemos apreciar en dinero; son nociones corrientes que indican los objetos de un mundo exterior idóneos a la individualización necesaria para su utilización⁽³¹⁾.

5.5. Tutelado

El objeto es protegido por un interés per se.

Este interés es motivado y fundamentado más que por el sujeto por el propio objeto.

Su esencia tiene una incidencia en el aspecto jurídico en relación con el sujeto. La persona es un fin en sí mismo (digno, con valores morales), el objeto es el medio que utiliza la persona para un fin determinado (útil, con valor económico) allí la razón de su tutela. Al referirse sobre el tema Puig Ferriol indica que la alusión al interés “debe tomarse como punto de partida para delimitar el objeto de la relación jurídica, toda vez que la misma se establece en torno a cierta entidad que para los sujetos implicados en la relación tiene un determinado valor”⁽³²⁾.

5.6. Composición

El objeto de derecho puede ser una cosa (un inmueble), una facultad (derecho), el resultado de una idea (creación intelectual), una persona (cónyuge) o un servicio (prestación). Son **objetos de derecho subjetivo** los

(31) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 201.

(32) PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit., p. 769.

derechos de la persona, la conducta humana, las cosas corporales. Implica el vínculo de poder del sujeto con un objeto. Pero, puede haber, también:

- Objeto sin sujeto (herencia yacente).
- Objeto sin sujeto determinado pero susceptible de individualización posterior (venta de bien ajeno, *concepturus*); o,
- Objeto no existente pero que puede existir (venta de bien futuro).

Básicamente, el objeto de derecho está compuesto de derechos reales (bienes jurídicos), facultades (derechos) o conductas (prestaciones). Como dice Valencia Zea⁽³³⁾, *cosa* en lenguaje jurídico tiene un sentido técnico (lo material o corpóreo), en cambio **objeto** tiene un sentido más extenso (entes inmateriales, la conducta –acciones u omisiones–, la persona y sus derechos. Así, *cosa* es *Sache* y *Gegenstände* es objeto, para los alemanes (BGB, art.90.- *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*. Solo los objetos corpóreos son cosas en sentido jurídico).

5.6.1. Bienes jurídicos

Son, ante todo, los de naturaleza patrimonial, todo lo que se puede integrar nuestra heredad es un bien. Son **objeto de derecho subjetivo** los bienes económicos pero existen, también, bienes jurídicos sin expresión patrimonial (estado de filiación, derecho al nombre)⁽³⁴⁾.

5.6.2. Derechos

Los derechos pueden ser objetos de otros derechos, tanto de derechos reales como de derechos personales⁽³⁵⁾.

5.6.3. Prestaciones

Las acciones humanas pueden ser objeto de derecho, los llamados **derechos personales**, o relativos. A esas acciones se les llama **prestaciones**⁽³⁶⁾. Para que la prestación sea objeto de derecho es preciso que, teniendo un contenido económico, sea lícita, posible y determinable⁽³⁷⁾. La prestación está representada por un *dare, facere* o *non facere*.

(33) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derechos reales*. Tomo II, 11ª edición, Temis, 2012, p. 12, nota 3.

(34) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 400.

(35) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 202.

(36) *Ibidem*, p. 201.

(37) *Ibidem*, pp. 201 y 202.

6. NATURALEZA JURÍDICA

El objeto de derecho es el contenido material de la relación jurídica subjetiva. Detrás de un derecho hay un sujeto, siendo el objeto aquello que conforma, básicamente, la relación jurídica patrimonial, al ser valuable y dimensionable.

Para Messinetti⁽³⁸⁾, el objeto del derecho es una categoría lógico-práctica como una categoría jurídica. Es práctica, en cuanto, se encamina hacia un logro (el goce), supone un valor de acción del sujeto: precisamente, el valor dado por la utilidad. Es lógica, en cuanto se constituye como el complemento necesario para la protección jurídica de intereses del sujeto.

7. CLASES

Orgaz, citado por Alzamora Valdez⁽³⁹⁾, considera que el objeto de derecho se clasifica en bienes (medios para la existencia del hombre), hechos (apreciables económicamente y pueden constituir la materia de las relaciones jurídicas) y valores (calidades que le ofrecen el carácter de indudable al objeto de derecho).

Los objetos los podemos clasificar en:

7.1. Cosa

Según el DRAE el término cosa significa “1.f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. 2.[f.] Objeto inanimado por oposición a ser viviente”. Es un concepto genérico y se refiere a todo aquello que tiene una medida de valor y puede ser materia de derechos reales. En el campo de las relaciones jurídicas y frente a la persona (sujeto) surge la cosa (objeto) cuya propiedad, posesión, transferencia configuran el vínculo real. Bien declara Messineo que la “cosa es una porción cualquiera del mundo externo que sea susceptible de ser utilizada o apropiada, por el sujeto, para satisfacer con ella sus necesidades económicas o espirituales”⁽⁴⁰⁾.

Para que una cosa pueda ser objeto de derecho requiere que tenga cualidades como economicidad, permutabilidad y limitabilidad⁽⁴¹⁾.

(38) MESSINETTI, Davide (voz). “Oggeto del diritti”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 811.

(39) ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. cit., p. 123.

(40) MESSINEO, Francesco. Ob. cit., p. 258.

(41) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 200.

Las cosas pueden ser:

- **Corporales. Res corporales.** También conocidos como materiales, son susceptibles de apropiación y todo derecho que forma parte de un patrimonio, tenemos por ejemplo: tierras, casas, muebles, etc.
- **Incorporales. Res incorporales.** Se refiere a lo inmaterial, impalpable, tenemos por ejemplo, los derechos de autor.

7.2. Bienes

Del lat. *Bona*. Sirve para aludir a todas aquellas entidades que determinan ciertas ventajas o provechos para la persona⁽⁴²⁾. La noción **jurídica** de bien es más amplia que la **económica**, comprende la utilidad, física o ideal, que puede incidir en la facultad del sujeto⁽⁴³⁾.

El concepto de bien está constituido por todo aquello que tiene una medida de valor pero sobre todo que es o puede ser de provecho para el hombre de allí la protección jurídica que se le otorga. Bien es todo aquello que nos agrada (el dinero, la casa, una herencia), aquello que nos da alegría de vivir⁽⁴⁴⁾.

Los bienes son la base de las relaciones sociales que el Derecho regula, por consiguiente –directa o indirectamente– estos resultan el objeto general del Derecho.

7.3. Bienes jurídicamente protegidos

No son cosas ni bienes propiamente dichos.

Los bienes jurídicamente protegidos tienen una escala más alta que los objetos de derecho y que los bienes en sí, *tertius genius*.

El Derecho les brinda una protección especial en la medida que está en una mejor posición en cuanto a la cautela y amparo legal. La razón es que los objetos no pueden ser regulados bajo los mismos principios jurídicos. El trato es diferencial pues, justamente, la esencia de cada cosa, de cada bien, es distinta y en algunos casos sui géneris, sea por su origen, valor, contenido o uso.

(42) PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit., p. 769.

(43) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 200.

(44) Cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 400.

En el caso de los bienes jurídicamente protegidos la diferencia radica en el hecho de que su origen y esencia determinan un tratamiento jurídico especial, distinto al del objeto de derecho. Se podría advertir que el *genus* es el objeto y la *spes* el bien y este deriva en un bien jurídicamente protegido (de mayor escala valorativa), *spes* de la *spes*.

Con base en este criterio es que determinados elementos vitales son considerados bienes, más que objetos de derecho, justamente por su esencia y contenido pero al carecer de independencia vital no tienen la categoría de sujetos de derecho. Los bienes jurídicamente protegidos pueden ser elementos que conformen la vida humana (tejidos, células), animal o vegetal pero al carecer de vitalidad –no ser parte inescindible del ser humano– carecen de la categoría de sujetos de derecho. Existen ciertos objetos que escapan de su categorización de ser bienes jurídicos protegidos y el Derecho les ha otorgado otro escalafón, como es el caso de los animales (*nonhuman organisms*) en vía de extinción o especies amenazadas (parte de la reserva y patrimonio de la humanidad) o las momias (si bien son cadáveres su valía ancestral la coloca como objeto de patrimonio cultural de la nación).

8. IMPORTANCIA

Las cosas más importantes en la vida, no son cosas. Más importante que ellas es la propia vida, la vida humana, el sujeto de derecho.

El valor jurídico de los objetos de derechos puede ser determinado de dos formas, por su **utilidad** o **por lo que son**. Por citar algunos ejemplos tenemos, en el primer caso a los inmuebles, y; en el segundo, al cadáver que si bien tiene una utilidad, en cuanto a la disposición benéfica de sus órganos, su valor jurídico está dado fundamentalmente por su naturaleza humana y es, justamente, en vista de ello, que se le ha recategorizado jurídicamente de manera que se presenta como un objeto de derecho especial.

Los objetos de derecho satisfacen requerimientos de las personas y, habitualmente, generan relaciones jurídicas, emergentes de los derechos reales que son el nexo persona-cosa determinando una gama de efectos jurídicos. A diferencia del Derecho de obligaciones, que es poder de exigir de otro una prestación (observar cierta conducta), el derecho real es un poder directo e inmediato sobre un objeto que concede a su titular un señorío e imperio, bien pleno (propiedad), bien parcial sobre aquella (posesión) de forma que en el ámbito del poder concedido (que varía según el derecho real de que se trate) tiene al objeto sometido a su dominación.

9. OBJETO DEL DERECHO

9.1. Definición

Dice Alzamora Valdez que en términos generales el objeto de derecho significa: (i) el fin que persigue el Derecho o; (ii) uno de los elementos de la relación jurídica⁽⁴⁵⁾. Técnicamente, al primero lo consideramos objeto **del** derecho y al segundo objeto **de** derecho, son dos términos totalmente distintos.

	de		Es aquello concreto o abstracto que carece de vitalidad que es parte de una relación jurídica
Objeto		Derecho	
	del		La conducta humana como generadora de relaciones jurídicas

El objeto del derecho es la propia conducta humana que se presenta como una acción u omisión. Hay un objeto inmediato, la conducta y un objeto mediato, lo material que la conducta se dirige. En definitiva, podemos entender que el objeto del derecho es todo aquello que cae bajo la esfera de regulación del Derecho, o sea, lo que puede ser el fin de este, básicamente las personas, cosas y acciones o las relaciones jurídicas⁽⁴⁶⁾, con mejor explicitación las prestaciones⁽⁴⁷⁾.

9.2. El objeto en el Derecho

El objeto en el Derecho es por lo demás variado.

El objeto del acto jurídico es el fin de este, el propósito que sustenta la voluntad de un sujeto para generar efectos jurídicos.

El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones (art. 1402), en esencia el objeto del contrato es la obligación y el objeto de la obligación es la prestación (dar, hacer o no hacer)⁽⁴⁸⁾.

La obligación contiene una prestación y esta un objeto (art. 1403).

(45) ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. cit., p.121.

(46) CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 4ª edición, Ed. He-
liasta, Buenos Aires, agosto 1980, p. 219.

(47) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición,
Idemsa, Lima, marzo 2011, pp. 386 y 397.

(48) ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 18.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 2ª edición, s/e, Lima, 1964.
- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 4ª edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires, agosto de 1980.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 1ª edición, traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Ed. Romana, Campinas - SP, 2004.
- ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, mayo de 2012.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, 1997.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. 2ª edición, Ediciones Legales, Lima, julio de 2009.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- MESSINETTI, Davide (voz). "Oggetto del diritto". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXIX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PÉREZ CABALLERO, Aurelio. *Diccionario jurídico peruano*. CDI, Lima, s/f.

- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo I, volumen I. Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- RECASÉNS Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6ª edición, Porrúa, México, 1981.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª edición, Idemsa, Lima, mayo de 2007.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, marzo de 2011.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derechos reales*. Tomo II, 11ª edición, Temis, 2012.

TÍTULO
TERCERO

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS DE LA PERSONA

SUMARIO: 1. Nociones generales. 2. Antecedentes históricos. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Fundamento. 7. Características. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Teoría del *ius in se ipsum*. 8.2. Teoría unitaria. 8.3. Teoría pluralista. 8.4. Teoría negativa. 9. Estructuración. 10. Clasificación. 10.1. De Cupis. 10.2. Santos Cifuentes. 10.3. Lete del Río. 10.4. Pontes de Miranda. 10.5. Orlando Gomes. 10.6. Limongi França. 10.7. Código Civil de 1984. 11. Teorías. 11.1. Teoría de la descomposición de los derechos. 11.2. Teoría de Carlos Fernández Sessarego. 12. Base de los derechos de la persona. 13. Cláusula de tutela integral de la persona humana. 14. Categorías o materias que no son derechos de la persona. 15. Base legal. 15.1. Ley nacional. 15.2. Tratados internacionales. 16. Atributos de la persona. 16.1. Nombre. 16.2. Domicilio. 16.3. Estado civil. 16.4. Capacidad. 16.5. Patrimonio. 16.6. Nacionalidad.

1. NOCIONES GENERALES

Donde existe el hombre, existe el Derecho, viceversa.

La persona es razón y *desideratum*, objeto y sujeto del Derecho.

En el ámbito de la protección de la persona humana se han desarrollado los derechos de las personas, como mecanismos de defensa y seguridad, que permiten la vida en sociedad.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El antecedente más remoto de los derechos de la persona lo encontramos en Roma con la llamada *actio iniuriarum*, vehículo procesal de orden penal útil para proteger algunas de las manifestaciones de la personalidad. La Ley de las XII Tablas consideró sanciones a quienes atentaran contra el honor y la fama, aunque su aportación más importante fue el reconocimiento de la autoría del individuo y la defensa de la libertad, sancionando la igualdad de los romanos, lo que implicó una gran conquista para los plebeyos.

En el Medioevo, San Agustín y Santo Tomás de Aquino desarrollan el iusnaturalismo teológico que gira en torno a la noción de la dignidad humana. En el siglo XVII Baltasar Gómez de Amescua publica *Tractus de potestate in se ipsum* (1609) y Samuel Stryck hace de conocimiento público su obra *De iure hominis in se ipsum* (1675). En dicha bibliografía, los autores exponen la teoría del *ius in se ipsum* que constituye la base teórica sobre la que habría de edificarse la teoría de los derechos de la persona. Se proclama que el ser humano tiene derecho sobre su propio cuerpo y que terceros, aun detentando el poder público, no pueden afectarlo.

Por esa misma época la Escuela del Derecho Natural construía la teoría de los derechos naturales o innatos, la cual habría de derivar en una doctrina de matiz político y revolucionario: los derechos del hombre y del ciudadano.

Es con ocasión del Renacimiento, cuando se fue experimentando la conveniencia de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos y van apareciendo las construcciones jurídicas en las que había de encarnar esta aspiración.

Muchas décadas después, con la Revolución Francesa de 1789 se dicta la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* que proclama la libertad del ser humano, el Estado debe precautelar la vida del ser humano y prohíbe las torturas. A partir de esa declaración el Derecho Positivo, basado en la Teoría de Comte, recoge el fundamento y se aparta del Derecho Natural considerando que en el ser humano radica el fin y esencia del Derecho. Proclama que el ser humano tiene derecho sobre su cuerpo y que el Estado debe protegerlo.

Ya para el siglo XIX el Código Civil austríaco de 1811 y el portugués de 1867 hacen referencia a los derechos inherentes de las personas. Sin embargo, no es hasta el siglo XX cuando se dedica mayor estudio al tema. Las primeras legislaciones en el siglo XX que regularon los derechos de la personalidad, de manera mucho más sistemática, fueron el Código Civil alemán de 1900, el suizo de 1907 y el italiano de 1942.

A partir de la declaración francesa la ONU, en 1948, proclama como derechos inviolables del ser humano la libertad y demás derechos subjetivos. Se desarrolla una corriente que protege los derechos inmersos en el ser humano. La ley lo único que hace es protegerlo ya que el ser humano nace con ellos.

3. CONCEPTO

La persona es capaz de tener derechos, *rectius* es sujeto de derecho.

Los sujetos de derecho poseen exigencias existenciales de carácter moral que el Derecho debe reconocer y proteger cuando aquellas se hacen evidentes a través de la historia de la humanidad. Estas exigencias morales existenciales son los derechos naturales que reconocidas por la ley terminan siendo como derechos de las personas. Los derechos garantizan el

goce de la vida, de los bienes y de nosotros mismos. Permiten el señorío de la persona, su actuación y trascendencia. Serse y hacerse en sociedad.

En su conjunto, los derechos representan una institución al servicio de la persona para hacer valer su dignidad y que permiten la realización del proyecto vital.

Son virtudes, valores, poderes, facultades, atributos propios de la persona.

En sentido figurado, los derechos representan un manto protector, un escudo, una capa que resguarda y protege al individuo. En este criterio se subsume en el **objeto** y el **fundamento** de los derechos de las personas.

A criterio de Espinoza Espinoza⁽¹⁾ tenemos que el:

- **Objeto** es la realidad sobre la cual recae el poder jurídico de los derechos de las personas, esencialmente sobre el sujeto de derecho. Este es su objeto, su razón de ser, más bien diríamos propiamente su sujeto.
- **Fundamento** es único y se configura en la plena realización existencial del ser humano. A través de los derechos la persona se realiza y concreta sus anhelos.

Si bien es cierto que los derechos deben ser protegidos y respetados sobre todas las cosas, existen ciertas violaciones legítimas, atentados legales contra estos.

4. DENOMINACIÓN

Suele denominársele de forma diversa:

- Derechos innatos.
- Derechos de Estado.
- Derechos esenciales.
- Derechos subjetivos.
- Derechos originarios.

(1) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012, p. 179.

- Derechos individuales.
- Derechos primordiales.
- Derechos existenciales.
- Derechos fundamentales.
- Derechos sobre sí mismo.
- Derechos personalísimos.
- Bienes de la personalidad.
- Derechos de la personalidad.
- Derechos privados del sujeto.
- Derechos en la propia persona.
- Derechos naturales del individuo.
- Derechos sobre el propio hombre.
- Derechos sobre la propia persona.
- Derechos inherentes de la persona.
- Derechos generales de la personalidad.

Derechos individuales - *Individualrechte*, derechos personalísimos - *Personalitätsrechte*, derechos de la propia persona - *Persönlichkeitsrechte*, derechos subjetivos de la persona - *subjektives Personenrecht*.

De manera más amplia se le conoce como derechos humanos.

Para Castán Tobeñas es preferible la combinación combinándola: “esenciales de la persona” o “subjetivos esenciales” porque se pondría de relieve su ámbito restringido y lo importante que son, al estar vinculados con la idea de la personalidad humana y la ordenación positiva no puede desconocerlos so pena de dejar de ser jurídica⁽²⁾. Según Cifuentes⁽³⁾ los derechos personalísimos hace más íntimo y acendrado el solo vínculo personal, como característica que engloba a todas las otras. Al usar el adjetivo “personalísimo”, se resalta la íntima adhesión al sujeto, se machaca sobre todas esas maneras de presentarse la especial inherencia, particular intimidad, que deriva de la interioridad de los bienes o manifestaciones

(2) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 194.

(3) *Ibidem*, p. 196.

involucrados. Es como afirmar: más que personales; mayor acercamiento todavía a la persona; algo que tiene atinencia con lo que es propio estrictamente con ella.

Con el término “personales” se ha generalizado como indicando los derechos de obligación o crédito por oposición a los reales⁽⁴⁾.

5. DEFINICIÓN

Para Santos Cifuentes⁽⁵⁾, los derechos personalísimos son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta o radical. Según Limongi França⁽⁶⁾ son las facultades jurídicas cuyo objeto son los diversos aspectos de la propia persona del sujeto así como de su proyección esencial en el mundo exterior.

No es posible entender el significado y definición de los derechos de la persona sin desarrollar su soporte y contenido jurídico: el derecho subjetivo. Este tiene por sobre todo una base popular, el hecho de que dentro de cada uno de nosotros existe esta noción de derechos individuales (*Individualrechte*) como algo instintivo, primario. Después de todo, la aspiración del derecho posesivo (mi cosa, mi derecho, esto es mío) es una de las primeras y más espontáneas que experimenta la personalidad humana. Este instinto es, sin duda, la raíz del derecho subjetivo⁽⁷⁾.

Para Luigi Ferrajoli⁽⁸⁾ son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista, asimismo, por una norma jurídica positiva, como presupuesto de

(4) Ibídem, p. 194.

(5) Ibídem, p. 200.

(6) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 935.

(7) CORNÚ, Gérard. *Droit civil: Introduction au Droit*. 13ª edición, Montchrestien, París, 2007, pp. 31 y 32.

(8) FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Los derechos de las personas son atributos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad que permiten el desarrollo social del ser humano reconociéndolo como el actor principal del Derecho. A través de ellos el hombre se realiza, desenvuelve, integra, vive la vida en paz, con seguridad, sabiéndose protegido por el Derecho y sus mecanismos de defensa, logrando el cumplimiento de metas y anhelos.

6. FUNDAMENTO

A decir de Tobías los derechos de la persona “reconocen y garantizan a la persona humana el goce de su propia entidad e interioridad en todas sus manifestaciones físicas y espirituales”⁽⁹⁾. Tienen como fin, dice Alessandri⁽¹⁰⁾, defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad.

Los derechos de la persona tienen un aspecto negativo, pues, determinan un no hacer en los demás respecto del derecho de otros, no dañar. Su fundamento está en proteger al sujeto, restringiendo el accionar lesivo que pudieran infligirse en su contra. Como dice Diniz⁽¹¹⁾, los derechos de la personalidad son derechos subjetivo *excludendi alios*, un derecho de exigir un comportamiento negativo de los otros, protegiendo un bien innato, valiéndose de la acción judicial.

Dice Pontes de Miranda⁽¹²⁾ que con la teoría de los derechos de la persona, comenzó, para el mundo, una nueva mañana para el Derecho.

Su fundamento está representado por la realización existencial del ser humano, permitiendo llevar adelante su proyecto de vida.

7. CARACTERÍSTICAS

Entre estas tenemos:

(9) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 510.

(10) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990, p. 477.

(11) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p.120.

(12) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000, p. 37.

- **Derivan de la subjetividad y son plasmados por la objetividad**

Todo sujeto de derecho es acreedor de derechos. El sujeto es un fin en sí mismo, premunido de dignidad, beneficiario de respeto y consideración. “Sujeto de derecho” y “digno” son sinónimos, ambos se dirigen al ser humano como **merecedor** o **tributario** de situaciones jurídicas protectoras de las que surgen los derechos subjetivos. Dice Pontes de Miranda⁽¹³⁾ que el primer derecho de la persona es el de adquirir derechos, acciones y excepciones y de asumir deberes, obligaciones o situaciones pasivas en acción o excepción, es lo que nosotros llamamos el **derecho al derecho sobre el derecho**, llanamente el derecho a tener derechos.

Cornú sostiene que “los derechos subjetivos son prerrogativas individuales, que tienen un titular –el sujeto de derecho–, a quien se le concede una libertad, facultad o poder dentro de una esfera de actividad con el fin de procurar la satisfacción individual de un interés personal”⁽¹⁴⁾.

No obstante, esta prerrogativa deberá ser refugiada por el derecho objetivo que, al reconocer y consagrar el derecho subjetivo lo definirá como un interés legítimo o como el conocido interés jurídicamente protegido. El Derecho objetivo le brinda al derecho subjetivo su protección, lo consagra y, por tanto, asegura su respeto. Sin embargo, esta tutela no es incondicional pues el derecho objetivo actúa también como una limitación, un control de los derechos subjetivos. No son absolutos, están sujetos desde su creación a reglas que buscan impedir su abuso. El derecho objetivo ofrece una garantía controlada, una protección condicionada para el ejercicio de los derechos subjetivos.

Estos derechos subjetivos logran materializarse, plasmarse, en la cotidianidad de la persona sobre la base de un conjunto de derechos que va a poseer en un ordenamiento legal. Para nosotros, los derechos de la persona hacen referencia a la atribución legal o facultad jurídica que permite el pleno desenvolvimiento del sujeto. Gracias a esto el sujeto va a poder desarrollarse debidamente en la sociedad.

- **Innatos**

Originarios, esenciales, naturales.

(13) *Ibidem*, p. 32.

(14) CORNÚ, Gérard. *Ob. cit.*, p. 31.

Esta característica se deriva de la Escuela del Derecho Natural. Se adquieren por la propia condición de ser humano⁽¹⁵⁾ y de los cuales no puede ser privado⁽¹⁶⁾. Más que desde el nacer, los tengo desde la concepción. Son derechos subjetivos que le pertenecen por su condición humana⁽¹⁷⁾.

Pertenecen al hombre por razón de su calidad de ser humano, por su dignidad, sin que para adquirirlos sea menester un modo o título legal de adquisición. Residen con la propia calidad de sujeto de derecho. Se encuentran indisoluble e indefectiblemente unidos al hombre. En tal sentido, los derechos pertenecen a todo aquel que goce de la cualidad de ser humano como condición necesaria y suficiente para contar de estas facultades.

Son esenciales pues sin ellos la personalidad quedaría incompleta, *i.e.* son esencia de esta e independientes del sistema que sigan en su configuración los distintos ordenamientos jurídicos⁽¹⁸⁾.

Surgen a partir del hombre, con el hombre, por el hombre y para el hombre.

- **La mayoría relativos, algunos absolutos o cuasi absolutos**

Los derechos de la persona son relativos, no absolutos en cuanto a su contenido.

La mayoría pueden ser vulnerados legítimamente. Según Larroumet “los derechos de la persona no son prerrogativas absolutas, sino prerrogativas relativas y limitadas”⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, existen derechos que no pueden ser vulnerados, siendo absolutos, como son los casos del:

- Derecho a la libertad de pensamiento.
- Derecho a la libertad (objeción) de conciencia.

(15) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 512.

(16) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 301.

(17) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 510.

(18) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 29 de marzo de 1976, con contestación de Antonio Hernández Gil, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, abril de 1976, p. 89 y ss.

(19) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 294.

- Derecho al honor (no existe un derecho a injuriar o a difamar).
- Derecho a no ser torturado (la realidad es que no se trata de un derecho independiente, sino derivado de la integridad).

Hay también, lo denominados derechos cuasi absolutos, como son:

- El derecho a mentir que deriva del derecho a no autoinculparse.
- El derecho a guardar silencio en un proceso penal, *ius tacendi*.

Así también, tenemos que en tiempos de paz los derechos se protegen, *in utroque terminis*, en tiempos de guerra no. Muestra de ello, además, lo tenemos con los regímenes de excepción, consagrados en el artículo 137 de la Constitución, como son el estado de emergencia o estado de sitio, en los que pueden restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos como la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio.

- **Únicos**

El sujeto goce solo de un derecho en relación con cierto atributo. Solo tengo un derecho a la vida, no es admisible la pluralidad de derechos respecto de un mismo contenido

- **Vitalicios**

Trayectoria *ad vitam*.

No pueden faltar en ningún instante de la vida humana porque a la par de su inmersión jurídica son derechos inescindibles de la persona.

- **Imprescriptibles**

El tiempo no los afecta en mayor proporción.

El trascurso del tiempo no extingue los derechos, no prescriben.

Solo acaban con la muerte de su titular y eso que no todos. Algunos trasuntan, tramontan, se extrapolan a la muerte, de forma que la vida no es determinante para la atribución de derechos. En muchos casos la muerte no los extingue, desafiando el axioma *Mors omnia solvit*⁽²⁰⁾. Tal es el

(20) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 70.

caso del derecho al honor, a la intimidad, a la imagen y a la voz que trascienden a los familiares quienes lo protegen fin honrar la memoria de sus muertos, lo que se denomina protección de la memoria de los difuntos, que algunos llaman **protección de la personalidad pretérita**. Es más muchos derechos surgen con la muerte como el derecho a ser sepultado, el derecho a que se respete la última voluntad, el derecho a la no publicación de las memorias, los actos de disposición post mórtem, *Caput mortuum*. Así, aclara Bittar⁽²¹⁾, la cesación de la vida no constituye óbice para la incidencia de otros derechos de la persona que producen efectos post mórtem (referidos). Sin sujetos pero con derechos vigentes se habla de la teoría de los derechos sin sujetos.

- **Personalísimos**

Puesto que se está en presencia de derechos individuales, privados y absolutos adheridos a la persona.

- *Erga omnes*

Existe un deber universal o general de respeto a ellos.

Los derechos de las personas son oponibles contra todos, *adversus omnes*. Surge una obligación universal, todos deben respetar las facultades del sujeto sin especificarse el agente o los agentes del deber.

La obligación es exigible, el deber jurídico no, en todo caso, es difícilmente exigible (Manuel F. Chávez Asencio).

Lo contrario de derecho es privilegio, los derechos son para todos no para uno o alguien en especial, son democráticos e inclusivos.

- **Extrapatrimoniales**

Están fuera del comercio, *res extra-commercium*; esto es sumamente importante ya que todo el tratamiento jurídico privilegiado o de especial amparo que reciben estos derechos se justifica precisamente, por razón de la dignidad de la persona, que no puede ser objeto de tráfico jurídico, salvo ciertos derechos como el nombre, imagen y voz, *Rigth of publicity*.

(21) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 74.

- **Indisponibles**

Porque son de orden público. La voluntad de la persona no puede crearlos, modificarlos, reglamentarlos, transmitirlos ni extinguirlos. Ahí radica la razón para que también sean considerados intransmisibles, a pesar de ello, como afirman Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga⁽²²⁾, no habría inconveniente alguno para que un heredero exigiera indemnización por violación de un derecho de la personalidad del causante, porque aquí la indemnización nace como consecuencia del derecho que poseía el difunto.

- **Irrenunciables**

Nadie puede renunciar a ellos. Solo se puede renunciar a los derechos patrimoniales, pero a los demás no; a lo que se puede renunciar es al ejercicio de estos.

- **Inexpropiables e inembargables**

Ya que carecen de valor económico resultan inestimables e inútiles como objeto de expropiación o embargo: solo tienen relevancia para su titular.

- **Inherentes**

Son propios de la persona humana. Forma parte de la esencia de todo sujeto y objeto de derecho. Son inseparables de la persona. Persona y derechos representan una unión inescindible. Ejemplo: los derechos laborales.

- **Necesarios**

De máxima utilidad para el ser humano. Nacen con la persona y de por vida la acompañan, no pueden faltar, incluso se proyectan después de la muerte. El hombre está condenado a tenerlos.

La vida es el bien básico y esencial de la persona, fundamento y asiento de todos los demás derechos. Con este criterio, se dice, que como derecho es la *conditio sine qua non* para el ejercicio de todos los derechos y lo primero que el hombre reclama y exige para su respeto. Sin embargo, tan necesarios son que no dependen de la vida, pueden existir derechos

(22) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I, volumen I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941, p. 271.

sin vida. La vida no es determinante para la atribución de derechos, estos pueden existir sin vida del titular sino solo proyectados en su existencia.

- **Irreductibles**

No pueden ser reducidos en virtud de la autonomía de la voluntad, solo la ley puede regularlos, modificarlos o extinguirlos.

- **Pluridimensionales**

Tienen varios ámbitos y protegen una variedad de contextos. Ejemplo: El derecho a la vida, unidimensionalmente, sería solo referido a la vida biológica pero visto pluridimensionalmente comprende la vida en su real sentido y dimensión, es decir, vida biológica, espiritual, psicológica y social.

- **Dinámicos**

Se encuentran en constante evolución. El tiempo hace que surjan y se reformulen los derechos de la persona. Por ejemplo: la muerte hace surgir derechos, mantiene derechos y extingue derechos.

- **Interdependientes**

A pesar de su autonomía y especificidad doctrinaria y normativa, los derechos de la persona no son compartimentos estancos sino que están en una muy cerca interrelación, por ejemplo, el derecho a la vida, con el derecho a la integridad y a la salud; el derecho al honor con el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad, etc.

8. NATURALEZA JURÍDICA

Se destacan cuatro teorías que pretenden vislumbrar el contenido:

8.1. Teoría del *ius in se ipsum*

Defendida por Gómez de Amescua y Samuel Stryck en el siglo XVII, sostiene la existencia de un derecho único de la persona sobre su propio cuerpo. El hombre, como sujeto, tiene un derecho sobre sí mismo. Existe un único derecho de goce del propio cuerpo que se consideran constitutivos de otros tantos derechos de la persona. Según esta teoría, los derechos de la personalidad consisten en la potestad que el ser humano tiene sobre sí mismo que le permite disponer libremente de sus manifestaciones internas y externas.

La principal objeción que se le ha hecho a esta teoría es que al considerar que el objeto de los derechos de la personalidad es la persona, se confunde el sujeto con el objeto.

8.2. Teoría unitaria

También conocida como teoría monista, valorativa o axiológica. Fue propugnada por Otto von Gierke y tiene su fundamento en la imposibilidad de enlistar taxativamente en el texto legal cada uno de los derechos de la personalidad, lo que conlleva a la idea de consagrar un único derecho personalísimo de carácter genérico. Dicha ideología fue la preponderante en los trabajos de elaboración del Código Civil alemán de 1900, sin embargo, hubo cambios de último momento y en la redacción final del artículo 823 se hizo referencia a derechos específicos tales como la intimidad, imagen, confidencialidad de los escritos personales, etc.

Esta teoría es criticable ya que cae en el mismo error que busca evitar, en efecto, el hacer un listado taxativo de los derechos de la persona implica el riesgo de dejar fuera del listado algún derecho de la personalidad, y por lo tanto, dejar sin protección legal una parte de la personalidad del individuo.

8.3. Teoría pluralista

El objeto de los derechos está constituido por los modos de ser físicos y morales de la persona. Su característica principal es que se encuentra con la persona en una conexión amplísima. El fundamento de esta teoría es la tutela jurídica del individuo humano en términos más razonables y ajustados al derecho normativo, sin embargo, se erige sobre un contenido del positivismo legalista y taxativo.

Larenz sostiene que: “Sin duda conlleva esta teoría una mayor seguridad jurídica en la medida en que está determinada cada una de las parcelas integrantes de la personalidad que merece protección”⁽²³⁾. En favor

(23) En el Derecho alemán, tras sufrir periodos políticos de totalitarismo y tras la Segunda Guerra Mundial, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn estableció el deber incondicional de proteger y respetar la dignidad humana. El artículo 2.1 del mismo cuerpo normativo reconoce el derecho que toda persona tiene al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. Larenz ha manifestado que: “La inclusión del derecho general de la personalidad en la práctica jurídica alemana a través del Tribunal Supremo Federal se manifiesta más bien como un acto de manifiesta creación judicial del Derecho, que solamente puede hallar su justificación en un principio estático jurídico declarado con especial intensidad en la Ley Fundamental o

de la tesis pluralista también puede argumentarse la vaguedad implicada en el contenido de un único y general derecho de la personalidad, que se corresponde con una concepción exageradamente individualista. La existencia de un solo derecho de la personalidad significaría partir del principio de la intangibilidad de la esfera personal, siendo excepcionales las injerencias legítimas de los demás en dicha esfera.

No obstante, es criticada por la existencia de derechos no reconocidos de forma expresa por el ordenamiento jurídico los cuales serían difícilmente tutelables.

8.4. Teoría negativa

Difundida por Karl von Savigny, Jellinek, Oertmann, Von Thur en Alemania y Rava en Italia. Señala que la protección de la esfera de la personalidad debe utilizar como figura central la del bien jurídico en lugar de la del derecho subjetivo. En tal sentido, entiende que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos, sino efectos del derecho objetivo que concede una protección a ciertos aspectos de la persona.

Hay quienes manifiestan que la naturaleza se sustenta en tres niveles:

- Derechos subjetivos.
- Bienes de la personalidad.
- Bienes jurídicos protegidos.

9. ESTRUCTURACIÓN

Dependiendo del artículo que antecede al tipo de derecho, esto es “de”, “a la” o “sobre la”, los derechos de la persona marcan su propio ámbito de aplicación y desempeño.

	Artículo	Ámbito de aplicación
Derecho	de	Titularidad
	a la, al	Proyección, trayectoria, seguridad
	sobre la	Dominio, posesión, disposición

Constitución federal, en virtud del cual se ordena la protección de la dignidad e intangibilidad moral de la persona humana”. LARENZ, Karl. “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”. En: *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 644 y ss.

Así tenemos:

Derecho de vida, de integridad, de salud.

Derecho a la vida, a la integridad, a la salud.

Derecho sobre la vida, sobre la integridad, a la salud.

Si analizamos cada uno de estos derechos y la correspondiente implicancia en el uso de los artículos tendremos:

Derecho	de	a la, a	sobre la
Vida	Concede el derecho de forma expresa, protegiendo, garantizando al concebido, a la persona	Sanciona el aborto, la eliminación de embriones, la eutanasia	Valida el aborto, la eutanasia, el suicidio.
Integridad		Tipifica las lesiones	Libera toda práctica contra la integridad
Salud		Penaliza las acciones contrarias a la salud	Permite acciones dirigidas a la salud

10. CLASIFICACIÓN

Los derechos de la persona han sido estudiados desde distintas posiciones, las cuales en algunos casos, han plasmado su doctrina en formas metódicas de entender este tema, entre ellos tenemos esencialmente a los siguientes:

10.1. De Cupis⁽²⁴⁾

Derecho a la vida y derecho a la integridad física

- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad física
- Derecho sobre las partes separadas del cuerpo
- Derecho al cadáver

Derecho a la libertad

Derecho a la honra y derecho al resguardo personal

- Derecho a la honra
- Derecho al resguardo
- Derecho al secreto

(24) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p. 80.

Derecho a la identidad personal

- Derecho al nombre
- Derecho al título
- Derecho al signo figurativo

Derecho moral de autor

10.2. Santos Cifuentes⁽²⁵⁾

Integridad física

- Derecho de vivir
- Derecho al cuerpo
- Derecho de morir

Libertad

Integridad espiritual de la persona

- Derecho al honor
- Derecho a la imagen
- Derecho a la intimidad
- Derecho a la identidad

10.3. Lete del Río⁽²⁶⁾

Derechos a la esfera corporal o física

- Vida
- Integridad
- Libertad

Derechos a la esfera espiritual o moral

- Honor
- Intimidad
- Propia imagen
- Nombre

(25) CIFUENTES, Santos. Ob. cit.

(26) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 176 y 177.

10.4. Pontes de Miranda⁽²⁷⁾

- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad física
- Derecho a la integridad síquica
- Derecho a la libertad
- Derecho a la verdad
- Derecho a la igualdad formal (isonomía)
- Derecho a la igualdad material
- Derecho a tener un nombre y el derecho al nombre
- Derecho a la honra
- Derecho autoral de la personalidad

10.5. Orlando Gomes⁽²⁸⁾

Derechos a la integridad física

- Derecho a la vida
- Derecho sobre el propio cuerpo
 - Derecho sobre el cuerpo entero
 - Derecho sobre las partes separadas
 - Derechos sobre el tratamiento médico o quirúrgico
 - Derecho sobre el examen médico o pericia médica

Derecho de integridad moral

- Derecho a la honra
- Derecho a la libertad
- Derecho al recato - intimidad
- Derecho a la imagen
- Derecho al nombre
- Derecho moral de autor

(27) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 32.

(28) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, pp. 153 y 154.

10.6. Limongi França⁽²⁹⁾

Derecho a la integridad física

- Derecho a la vida y a los alimentos
- Derecho sobre el propio cuerpo, vivo
- Derecho sobre el propio cuerpo, muerto
- Derecho sobre el propio cuerpo ajeno, vivo
- Derecho sobre el propio cuerpo ajeno, muerto
- Derecho sobre las partes separadas del cuerpo, vivo
- Derecho sobre las partes separadas del cuerpo, muerto

Derecho a la integridad intelectual

- Derecho a la libertad de pensamiento
- Derecho personal de autor científico
- Derecho personal de autor artístico
- Derecho personal de inventor

Derecho a la integridad moral

- Derecho a la libertad civil, política y religiosa
- Derecho a la honra
- Derecho a la honorificencia (decoro, magnificencia)
- Derecho al recato
- Derecho al secreto personal, doméstico y profesional
- Derecho a la imagen
- Derecho a la identidad personal, familiar y social

10.7. Código Civil de 1984

Consideramos que la estructura del Código en lo referente al tratamiento de los derechos de la persona es el siguiente:

Derechos biológicos - físicos o somáticos - bioderechos

- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad física

(29) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 41.

- Derecho a los actos de libre disposición del cuerpo humano

Derechos de comportamiento - realización - espiritualidad

- Derecho al honor
- Derecho a la libertad
- Derecho a la intimidad

Derecho a la intimidad en las comunicaciones

- Derecho a la imagen y a la voz

Derecho de denominación - identificación - individuación - identidad

- Derecho al nombre
- Derecho al seudónimo

Derecho de ubicación - resindentado - individuación - localización

- Derecho al domicilio

Derechos de autoría - paternidad moral

- Derecho de autor

11. TEORÍAS

Respecto de los derechos de la persona han surgido varias teorías que tratan de justificar su contenido y aplicabilidad, entre las cuales se consideran:

11.1. Teoría de la descomposición de los derechos

Esta se presenta de forma distinta a fin de satisfacer los intereses de las personas. Los derechos de las personas se han descompuesto por y para diversas razones:

- Por el sexo (derechos de género):** el sexo marca una diferencia entre las personas, justificable en la medida de la naturaleza de estas. Los derechos de la mujer, los derechos del varón, los derechos del género. Si bien todos somos iguales ante la ley, esta teoría busca aplicar criterios para consolidar y equiparar las relaciones sociales.
- Por la edad:** desde el aspecto de la cronología y tiempo de vida del sujeto tenemos los denominados derechos del niño, del adolescente, del anciano, etc.

- c) **Por las minorías:** determinados grupos, reducidos, fácilmente identificables, requieren de una protección específica. Dentro de ellos están los grupos étnicos, culturales, raciales, homosexuales.
- d) **Por las minusvalías:** es el caso de las personas con discapacidad, aquellas que adolecen de una deficiencia de habilidad física, sensorial, mental o intelectual de carácter permanente que no le permite interactuar de forma plena.
- e) **Por las entidades:** derechos de la familia, derechos de las generaciones, derechos humanitarios, derechos de las generaciones futuras.
- f) **Por la naturaleza:** plantea el hecho de que no solo el individuo tiene derechos sino que también los tienen los elementos que componen a la naturaleza. Así, se habla de los derechos de la naturaleza, derechos de los animales, derechos ecológicos, derechos ambientales.

11.2. Teoría de Carlos Fernández Sessarego

Sostiene Fernández Sessarego que la existencia ontológica de los derechos de la persona, se estructura a partir de los:

- a) **Derechos fundantes:** son los esenciales, connaturales, innatos del ser humano sobre los que se forjan los demás derechos como son el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, honor, a la identidad. Son primigenios, permiten la existencia.
- b) **Derechos fundados:** son los derivados, consecuentes de los anteriores como son el derecho al domicilio (se desprende del derecho a la identidad), a la intimidad (se desprende del derecho al honor).

12. BASE DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Los derechos de las personas se cimientan en valores, pilares que sirven de cimiento para la estructuración de la defensa de la persona, como son:

- Dignidad
- Libertad
- Igualdad
- Solidaridad

Estos no son derechos propiamente dichos; son más que ello, son metaderechos, son valores que el Derecho busca cumplir. En especial la

dignidad que es un valor espiritual y moral, un atributo propísimo del ser humano que encaja en su esencia, en su propio fin en sí mismo. Así se dice bien que “la dignidad no es tanto un derecho, sino el fundamento de todos los derechos; precisamente, porque no constituye un derecho, sino un *background* de todos los derechos reconocidos”⁽³⁰⁾. La dignidad, así, constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover⁽³¹⁾.

13. CLÁUSULA DE TUTELA INTEGRAL DE LA PERSONA HUMANA

Está consagrada en el artículo 5 del Código Civil.

Llamada **cláusula abierta**, de **no tipicidad** o atipicidad de los derechos de la persona.

En este precepto se reconocen derechos esenciales de la persona como la vida, integridad física, libertad y honor que, a su vez, sirven de fundamentos a todos los demás derechos⁽³²⁾, los clásicos derechos que refería el francés Hugo Donellus en su *Commentatorium de iure civile*⁽³³⁾, allá por el siglo XVI, *vita, incolumitas corporis, libertas y existimatio* (*life, preservation of the body, freedom, reputation*) considerados desde antiguo como derechos inherentes e inquebrantables de la persona.

No obstante ello, el artículo *in comento* deja una válvula de escape, una puerta de emergencia, una disposición en blanco en favor de otros derechos cuando indica y **demás inherentes de la persona humana** permitiendo dar cabida a todos los demás derechos *ex novo*. Aquellos que pudieran surgir como lógico avance social y necesidades de la persona. Con esta fórmula abierta se da cabida a los derechos no expresos, a la no positivización de los derechos, derechos no reconocidos expresamente pero que requerirán, en su momento, de un tratamiento legal como se configuró con el derecho a la identidad, a la salud, al bienestar y al consentimiento informado. Y es que un derecho innominado puede aparecer allí donde una norma constitucional que reconoce objetivamente un derecho,

(30) CARPIO MARCOS, Edgar. “Los derechos no enumerados”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013, p. 490.

(31) STC Exp. N° 0010-2002-HC/TC. f. j. 218.

(32) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Ed. Motivensa. Lima, 2012, p. 110.

(33) Cit. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 48.

no haya efectuado las precisiones suficientes en la forma de manifestarse o simplemente haya sido consagrado de forma genérica⁽³⁴⁾.

Así, no se encuentra en el Código Civil un elenco taxativo de derechos de las persona. A contrario sensu, la enumeración sin ser, en rigor, ejemplificativa, es una enumeración abierta, siempre pronta a ser llenada o completada a través de nuevas facultades más allá de aquellas que se encuentran definidas o especificadas en cada momento.

El Código Civil no es un catálogo expreso de derechos. Es solo una guía que marca un rumbo, una dirección; reconociendo que, en su camino existencial, la persona necesitará de derechos más forjados y propios para cada situación. Los derechos de la persona van naciendo, forjándose, surgiendo, dándose en sí y entre sí, con la concreción de las aspiraciones de los sujetos. Los derechos esenciales existen no porque una ley los crea y manda sino por su calidad, realidad previa y superior a la norma jurídica⁽³⁵⁾. Con esta lógica, los derechos personales no pueden ser limitados ni siquiera enumerados ni declarados, solo pueden ser enunciados, puestos en conocimiento y a disposición de sus titulares.

Dentro del ámbito civil han surgido nuevos derechos:

- Derecho a la salud.
- Derecho al secreto.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a la procreación.
- Derecho a la información.
- Derecho a investigar la paternidad.
- Derecho al consentimiento informado.
- Derecho a conocer el propio origen biológico.

Considera Sosa⁽³⁶⁾ que los sistemas de Derecho Civil no siempre satisfacen las necesidades más elevadas, ni protegen frente a los más odiosos impulsos humanos, de allí la importancia del reconocimiento de nue-

(34) SÁENZ DÁVALOS, Luis R. "La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 4, N° 13, 2002, p. XXVI.

(35) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit., p. 484.

(36) SOSA SACIO, Juan Manuel. "Derechos no enumerados y derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 126, mayo de 2006, p. 110.

vos derechos y que las garantías de los derechos antiguos se extiendan a los derechos fundamentales no enumerados.

Como manifestamos, la norma civil luego de mencionar esos cuatro derechos esenciales –vida, integridad, libertad y honor– dice **y demás inherentes de la persona humana** lo que debe considerarse como extensión y reafirmación del artículo 3 de la Constitución Política del Perú vigente⁽³⁷⁾ que establece: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. La cláusula de derechos no enumerados, como es la indicada, niega que los derechos reconocidos por la Constitución sean los únicos atribuibles a la persona considerando que quedan comprendidos, además, todos aquellos derechos que se desprendan de la propia dignidad humana⁽³⁸⁾.

Este artículo constitucional trata de los derechos no enumerados, implícitos o no escritos. Es un precepto a partir cual es posible “abrir” y “oxigenar” el catálogo constitucionalizado de los derechos esenciales de la persona⁽³⁹⁾. Como tal, se presenta como una cláusula de desarrollo y evolución de los derechos fundamentales, una cláusula de derechos no enumerados. Su antecedente lo tenemos en la IX Enmienda de Constitución Norteamericana que sustenta: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la negación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo”. Así, la proclamación de los derechos fundamentales tiene un valor fundamentalmente declarativo, no constitutivo, en la medida que la existencia de los derechos esenciales del hombre es previa a cualquier regulación en una norma jurídica, aunque esta sea constitucional⁽⁴⁰⁾. El fin y propósito de la cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales no es otro que el abrir “los poros necesarios para que, en el ámbito de los derechos esenciales, la Constitución no quede

(37) Constitución Política del Perú de 1979. “Artículo 4.- La enumeración de los derechos reconocidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

(38) SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. cit., p. 111.

(39) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit., p. 495.

(40) *Ibidem*, p. 484.

petrificada o fosilizada, como consecuencia de la mudanza de las valoraciones sociales dominantes”⁽⁴¹⁾.

El Tribunal Constitucional, en uso de este artículo, ha reconocido entre otros derechos los siguientes⁽⁴²⁾:

- Derecho a los medios de prueba.
- Derecho a ser juzgado por un juez imparcial.
- Derecho a la imparcialidad de las resoluciones judiciales.
- Derecho a no ser sancionado ni juzgado dos veces por un mismo hecho.
- Derecho a no ser juzgado dentro de un proceso que dure un plazo razonable.

Así también⁽⁴³⁾,

- Derecho a la verdad.
- Derechos de los consumidores y usuarios.
- Derecho al ascenso a la carrera diplomática.
- Derecho a los procesos constitucionales de la libertad.

Antes estos, Sáenz Dávalos⁽⁴⁴⁾ avizora que podrían estar aguardando su reconocimiento otros derechos como: la objeción de conciencia, el derecho a una muerte digna, el derecho a la predeterminación genética de la descendencia.

Con esta norma, la cláusula abierta, el juez es el llamado, por su esencia y función, a establecer si un determinado atributo subjetivo puede llegar a ser catalogado como un verdadero y autónomo derecho.

14. CATEGORÍAS O MATERIAS QUE NO SON DERECHOS DE LA PERSONA

No toda facultad del sujeto es un derecho.

(41) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit., p. 488.

(42) *Ibíd.*, p. 489.

(43) SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. cit., pp. 114-116.

(44) SÁENZ DÁVALOS, Luis R. Ob. cit., p. XXVI.

Para Tobías⁽⁴⁵⁾ existen categorías que no constituyen derechos personalísimos como son:

- El derecho de autor
- El derecho al nombre

El primero es exterior a la persona, el segundo no es originario de la persona al no adquirirse desde el comienzo de la existencia sino con la ocurrencia de presupuestos ulteriores. A estos, si seguimos este criterio, deberíamos incluir al domicilio.

Cifuentes⁽⁴⁶⁾ agrega otros:

- La razón social
- Las marcas de fábrica
- Las patentes de invención.

15. BASE LEGAL

El tratamiento normativo de los derechos de la persona es muy especial en nuestro Código, agrupados en el Título II del Libro Primero en 16 artículos, aparte del tratamiento independiente del domicilio y el nombre como derechos.

En macro, la tipicidad de los derechos de la persona se presenta en dos ámbitos:

15.1. Ley nacional

- Constitución Política del Perú.
- Código Civil.
- Código de los niños y adolescentes.
- Ley general de salud.
- Ley de la persona con discapacidad.

(45) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 523 y ss.

(46) CIFUENTES. Santos. Ob. cit., p. 206.

15.2. Tratados Internacionales

- Tratado de Costa Rica.
- Tratado Internacional de los Derechos Humanos.

16. ATRIBUTOS DE LA PERSONA

También conocidos como atributos de la personalidad.

Son aquellas cualidades que la persona lleva consigo mediante las que se les permite diferenciarse, distinguirse, individualizarse de los demás y que la ley los reconoce. Vuelven al sujeto en único, singular e irrepetible.

El atributo es anterior a todo derecho - *prius* no puede confundirse sin resultados ambiguos con los derechos subjetivos - *posterius*⁽⁴⁷⁾.

Ellos están enfocados en:

16.1. Nombre

Es un signo externo, literal y gráfico que sirve para identificar a las personas naturales y jurídicas, diferenciándolas de otras. Se estructura en base al prenombre y de apellidos.

16.2. Domicilio

Es la sede legal de la persona, su centro de actividades jurídicas que servirá para fijar el lugar de exigir y entablar relaciones jurídicas.

16.3. Estado civil

Situación que una persona ocupa en la sociedad. Casado, soltero; padre, hijo; acreedor, deudor, capaz, incapaz, etc.

16.4. Capacidad

Aptitud reconocida por la ley a la persona para el goce y ejercicio de sus derechos subjetivos. A decir de Tobías⁽⁴⁸⁾ la personalidad –que entendemos la capacidad de goce– es el presupuesto de los derechos, mientras que la personalidad es una e inescindible de fraccionamiento, los ámbitos a protegerse en su proyección jurídica son parciales y diversos.

(47) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 161.

(48) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 514.

La capacidad se relaciona con la edad, en todo caso esta marca la capacidad. La edad es el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta un momento determinado en la vida de una persona⁽⁴⁹⁾.

16.5. Patrimonio

Conjunto de bienes o riqueza que posee un sujeto de derecho. Constituye la parte material cuantificable en dinero que tiene una persona y que le permite celebrar actos jurídicos.

16.6. Nacionalidad

Es aquel vínculo jurídico que une a una persona con un país.

DISTINTIVIDAD DE LOS ATRIBUTOS

Nombre	Domicilio	Estado	Capacidad	Patrimonio	Nacionalidad
Individualiza	Ubica	Posiciona	Faculta	Respalda	Radica

(49) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1976, p. 9.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil: Parte general*. Tomo I, volumen I. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1941.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 29 de marzo de 1976, con contestación de Antonio Hernández Gil, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, abril de 1976.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- CARPIO MARCOS, Edgar. “Los derechos no enumerados”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CORNÚ, Gérard. *Droit civil: Introduction au Droit*. 13 edition, Montchrestien, París, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo de 2012.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Ed. Motivensa, Lima, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- LARENZ, Karl. “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”. En: *Revista de Derecho Privado*. 1963.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 4, N° 13, 2002.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos no enumerados y derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 126, mayo de 2006.
- TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.

SUBCAPÍTULO PRIMERO

DERECHO A LA VIDA

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Denominación. 3.1. Derechos derivados más que otras denominaciones. 3.2. Derecho a la muerte. 4. Definición. 5. Fundamento. 6. Titulares. 6.1. Concebido. 6.2. Persona natural. 7. Naturaleza jurídica. 8. Características. 9. Clases. 10. Actos ilícitos. 11. Actos lícitos. 12. Base legal. 13. Ley General de Salud. 14. Inicio y fin. 14.1. Inicio. 14.2. Fin. 14.2.1. Muerte cerebral. 14.2.2. Cesación de actividad cardiorrespiratoria. 14.2.3. Muerte aparente.

1. GENERALIDADES

La vida es todo acto o manifestación primigenia de un ser vivo, sea espiritual o material. Se inicia con la concepción y termina con la muerte. Un organismo es vivo cuando está integrado por la integración funcional de varios órganos que cumplen una función.

Vida es sinónimo de actividad propia, fuerza, movimiento pero no de movimiento locativo (ir de un lugar a otro) sino de movimiento que tiene como característica la de permanecer en la existencia, un movimiento hacia la subsistencia⁽⁵⁰⁾. Para Engels⁽⁵¹⁾ las funciones esenciales de la vida: digestión, excreción, movimiento, contracción, reacción a los estímulos y la reproducción. Más sencillamente nazco, crezco, reproduzco y muelo. Es una potencia poderosa que en algunas esferas está por encima de la persona, envolviéndola: no es solo que ella tenga vida sino que también la vida la tiene a ella⁽⁵²⁾.

2. CONCEPTO

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽⁵³⁾, Vida (Del lat. *vita*) es 1. f. Fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. 2. f. Estado de actividad de los seres orgánicos.

(50) HORTTA V., Edwin de J. “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... consecuencias de su desconocimiento o negación”. En: *Revista de Fundamentación Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, Bogotá, 1988, N° 2, pp. 73 y 74.

(51) ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*. Imprime y edita Caum (Club de Amigos de la Unesco de Madrid), 1ª edición enero de 2005, p. 8. En: <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/intnatu.pdf>, 29/06/2013>.

(52) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hamurabi, Buenos Aires, 1983, p. 21.

(53) <www.rae.es> 27/06/2013.

La vida es la actividad física que determina la existencia de un individuo. Todo aquello que nace, crece, se desarrolla y muere. Es la manifestación primigenia del ser. Lo contrario a vida es muerte. La vida es el principio radical del Derecho. Este se inicia en el hombre –en su realidad ontológica y en su vida individual– y finaliza en él –en su realidad como ser social y en su vida en relación con otros hombres–. La vida del ser humano es intersección (encrucijada) y punto de encuentro del Derecho al ser causa en su formulación y fin en su aplicación⁽⁵⁴⁾.

El derecho a la vida no solo se señala en el interés jurídico de preservar la existencia y de lograr que no se anticipe su deceso sino también el derecho a que esta se mantenga en plenitud, que no se limite o cercene. Como derecho biológico o de orden físico, como lo llama Bittar⁽⁵⁵⁾, está íntimamente relacionado con el derecho a la integridad y a la salud; desde el punto existencial con la libertad y la dignidad.

Según su clasificación unidimensional, el derecho a la vida es considerado un derecho biológico dirigido a la protección de la existencia biosomática del sujeto, consagrado en el quinto mandamiento, no matarás.

La vida es el bien básico y esencial de la persona, fundamento y asiento de todos los demás derechos. Con este criterio, *ut vulgum dicitur*, se dice que como el derecho a la vida es el presupuesto y la *conditio sine qua non* para el ejercicio de todos los restantes derechos y, lo primero que el hombre reclama y exige es su respeto. Termina siendo el presupuesto del goce cualquier otro bien jurídico, preside y se antepone a la realización de otros atributos⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, queda claro, que la vida no es determinante para la atribución de derechos, en muchos casos la muerte no extingue derechos, desafiando el axioma *Mors omnia solvit*⁽⁵⁷⁾. Pueden existir derechos sin vida del titular, proyectados en su existencia memorial. Muestra de ello es que sin vida persisten derechos que en vida tuvo la persona, como el honor, intimidad, imagen, voz; es más, luego de la muerte surgen nuevos derechos, *i.e.* extinguida la existencia, surge el respeto de la

(54) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida principio rector del Derecho*. Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 157.

(55) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 70.

(56) SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013, p. 48.

(57) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 70.

no publicación de las memorias, el cumplimiento de los actos de última voluntad, los actos de disposición post mórtem.

3. DENOMINACIÓN

Derecho a la vida, como dice Tobías⁽⁵⁸⁾, es la denominación más generalizada, diríamos que es parte del lenguaje usual filosófico-jurídico.

En razón de la persona natural se le llama:

- Derecho a vivir.
- Derecho de vida.
- Derecho de vivir.
- Derecho sobre la vida.
- Derecho a conservar la vida.
- Derecho a la protección de la vida.
- Derecho al respeto de la vida humana.
- Derecho a la inviolabilidad de la vida humana.

Santos Cifuentes⁽⁵⁹⁾ prefiere denominarlo **derecho de vivir** a diferencia de derecho a la vida que implicaría una forma de conseguir la vida, aspirar a ella, lo cual no es cierto pues ella se consigue con automaticidad, un acontecimiento natural; derecho sobre la vida (poder para disponer de ella sin límites). La expresión derecho a la vida podría parecer correcta pero más lo es, por clara e indicativa, la denominación derecho de vivir.

Flores Madrigal⁽⁶⁰⁾ considera que en términos rigurosamente exactos el **derecho a la vida** no existe, siendo mejor y más conveniente hablar de **derecho de vida** o **derecho sobre la vida**.

A decir de Jorge Mosset, “(...) con la expresión **Derecho a la vida** no se señala el interés jurídicamente protegido seguir viviendo, a que no se anticipe el deceso de la persona viva, sino también el derecho subjetivo a

(58) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 531.

(59) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 232.

(60) FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia. “El derecho a la protección de la vida e integridad física”. En: *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. UNAM, 2006, p. 154.

que se mantenga la vida en su plenitud, a que no se limite o cercene”⁽⁶¹⁾. Se reconoce, así, un derecho a seguir viviendo o que no se anticipe la muerte.

El Código utiliza el término vida en diferentes escenarios institucionales:

- General: 5.
- Biológica: 1, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 289, 302-4, 333-3, 532-5, 632-5, 667-1, 838, 1926, 1933, 1936, 1937, 1938, 1939 (suicidio).
- Relación: 14, 16 (vida personal y familiar), 234, 277 4-5, 289, 333-4-6-11, 347, 402-3 (vida en común), 423-6 (vida civil), 277-5 (vida deshonrosa), 744-4 (vida deshonrosa o inmoral), 1358 (vida diaria).

Otras denominaciones o referencias:

- Principio, 2068.
- Subsistencia: 473, 478, 483, 485.
- Reconocimiento de existencia, 67 y ss.
- Sobrevivencia: 242-6, 268, 274-7, 320, 326, 503-1, 683, 724, 731, 732, 816, 825, 827.

Instituciones con raigambre esencial de vida:

- Alimentos
- Renta vitalicia
- Proyecto de vida
- Posesión constante de estado
- Domicilio: vivir alternativamente, vivir de consuno

En razón de la persona jurídica, si bien no tiene una vida biológica podemos decir que cuenta con un derecho a la existencia (arts. 76, 77, 78 y 135).

3.1. Derechos derivados más que otras denominaciones

De este derecho se desprenden otros derechos, que no necesariamente son sinónimos sino, en todo caso, derechos derivados:

(61) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*. 3ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 62.

- **Derecho a la calidad de vida**, dentro del cual se estudia a la eutanasia (muerte digna), ortotanasia (muerte natural); distanasia (prolongación artificial de la vida), dentro de estos tres el derecho de morir naturalmente es el que tiene mayor trascendencia; anencefalia; esterilización de enfermos mentales; testamentos vitales o *living will* son directivas previas dirigidas a rehusar práctica en el estado final de la vida derecho a la autodeterminación de los enfermos terminales; tratamientos paliativos, evitar malestar, dolor, padecimiento; ordenes de no resucitar.
- **Derecho sobre la vida**, se trata de un derecho discutible. Para la mayoría no existe un derecho sobre la vida. La persona no es de ella misma es, también, de la familia y de la sociedad de cual forma parte, a las cuales no derecho a sustraerse implacable y definitivamente⁽⁶²⁾. La vida no tiene un valor puramente individual, sino también familiar y social de forma que acorde con la conciencia social imperante se niegue el suicidio y la eutanasia⁽⁶³⁾, no existe un verdadero derecho privado a la vida en razón que su tutela es de carácter público⁽⁶⁴⁾. No, no soy dueño de mí.
- **Derecho a no nacer**, a favor de las prácticas abortivas. Se relaciona con *wrongful life*, **vida injusta** y es la acción entablada por el hijo argumentando que “de no haber sido por” el consejo médico inadecuado no hubiera nacido y experimentado el sufrimiento de su enfermedad (error del médico que ha conducido a la vida)⁽⁶⁵⁾.
- **Derechos del buen vivir**, dentro de los cuales se engloba el derecho al agua, derecho a los alimentos sanos, derecho a la comunicación, derecho a la cultura y arte, derecho al hábitat y derecho a la salud (arts.12 al 15, Constitución de Ecuador).

(62) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. II, Ediar, Santiago de Chile, 1990, p. 11.

(63) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 177.

(64) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, p. 121.

(65) A nivel local tenemos un pronunciamiento sobre el tema que se sustenta en que no existe responsabilidad civil de los médicos que no detectaron enfermedad congénita antes del nacimiento de un menor en razón de que no hay libertad de interrumpir el embarazo. Exp. N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01- Tacna, del 12/07/2013. Cit. *La Ley*. Año 6, N° 68, del 1 al 30/09/2013, Lima, p. 9; asimismo, “Existe responsabilidad médica por el nacimiento de un menor con enfermedad congénita”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Tomo 3, setiembre de 2013, p. 85 y ss.

- **Derecho a la vida posterior**, es el caso del cadáver de quien decide en vida no ser cremado por creer en la resurrección del cuerpo y la carne, así como la protección de las memorias que implica una trascendencia de vida.
- **Derecho a sobrevivir** (Del lat. *supervivēre*), vivir después de un difícil suceso, v. gr. bebés prematuros (incubadoras), embriones crioconservados (congelamiento); o salir venturoso o ileso de un acontecimiento mortal (naufragio). También conocido como el derecho a supervivir.
- **Derecho a revivir**, resucitar, pasar de objeto a sujeto⁽⁶⁶⁾. Una muestra de este derecho es el reconocimiento de existencia en los casos de declaración de muerte presunta.
- **Derecho al proyecto de vida**, facultad de realizarse de la persona. La dirección, el camino, el sendero que marca la persona para su existencia.
- **Derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado**, como lo menciona el artículo 14, Constitución de Ecuador).

3.2. Derecho a la muerte

Es el *right to die*. El derecho a morir con dignidad.

La vida es un hecho que termina transformándose en un derecho. La muerte no solo queda en un hecho.

Tengo un derecho a vivir pero no se reconoce el derecho a morir, ni un derecho a disponer de la propia vida, ni siquiera un derecho a la propia vida, a contrario sensu mi deber es vivir y no tender a la muerte. Hay un derecho a la vida pero no un derecho a la muerte. Derecho a la vida, a mantenerla y prolongarla tanto así como un derecho a la eternidad o un derecho a la inmortalidad. Sin embargo, la teoría mortícola reconoce un derecho a la muerte, sobre todo un derecho a la muerte digna, un derecho a una buena muerte, un derecho a la muerte en su tiempo⁽⁶⁷⁾, tomando como sustento:

(66) Si una persona muere, se certifica la muerte y se expide el certificado de defunción resucitando luego. ¿Qué hacer? Por ante el Reniec, debe presentarse una solicitud de cancelación de la inscripción de la defunción, dirigida a la Subgerencia de Depuración de Registros Civiles, debiendo presentada por la misma persona que padeció del suceso de la resurrección.

(67) ROJAS BELLIDO, Gabriela. “¿Qué derechos me asisten como paciente? Apuntes en torno a

- Derecho a su libertad.
- Derecho a saber la verdad.
- Derecho a decidir su destino.
- Derecho a no sufrir inútilmente.
- Derecho del paciente a un diálogo sincero.
- Derecho a rechazar tratamiento desproporcionados.

La muerte como proceso natural, es un hecho que debe ser respetado, no prolongándose innecesaria ni arbitrariamente, siendo este el criterio que asume el inciso e del artículo 15 de la Ley N° 29414, que modifica la Ley general de salud, al señalar que toda persona tiene derecho: “e) A que se respete el proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminal de la enfermedad. El Código Penal señala las acciones punibles que vulneran este derecho”.

De este **seudo** derecho o derecho antagónico se ha derivado el derecho a suicidarse y, sobre todo, el suicidio altruista, dar la vida por otros (la madre que quiere ceder su corazón en favor de un hijo, situación en la que se busca ejercer dos derechos: libertad y vida).

Debe tenerse en claro que si tengo un derecho a la vida tengo el deber de protegerla, no puedo tener un derecho a la vida y a la vez, de la mano, un derecho a la muerte que de lleno la viole, sería un contrasentido, se trataría de dos derechos diametralmente opuestos⁽⁶⁸⁾; todo derecho tiene un deber, en este caso tengo el deber de preservar mi vida. La vida tiene un carácter absoluto e inalienable, es un bien sagrado y que el hombre en ningún caso puede disponer de ella⁽⁶⁹⁾, como está revistada de sacralidad (religión) y de un carácter valioso (ético/moral).

En este punto, se discute la validez de la objeción de conciencia para no recibir ciertos tratamientos médicos, decisión que puede derivar en la muerte (Testigos de Jehová), existiendo una corriente seguida por un

los pacientes y sus derechos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: Revista jurídica del Perú. N° 149, julio de 2013, p. 167.

(68) ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada 2011, p. 559.

(69) JUANATEY DORADO, Carmen. “Derecho a la vida (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada 2011, p. 588.

Tribunal español que valora más la vida que la libertad y considera que “el consentimiento cuando afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz”⁽⁷⁰⁾.

4. DEFINICIÓN

Las definiciones acerca de la vida han sufrido una enorme evolución en función de los avances biocientíficos, pero la respuesta no la tiene el Derecho sino la filosofía.

Para Federico Engels⁽⁷¹⁾ la vida es la modalidad de existencia de los cuerpos albuminoides y esta modalidad de existencia consiste, sustancialmente, en el intercambio constante de sustancia con la naturaleza externa que los rodea.

Espinoza Espinoza define el derecho a la vida como una situación jurídica en la que se tutela no solo el reconocimiento biológico a existir, sino el tener condiciones dignas de existencia⁽⁷²⁾. Quispe Correa sostiene que el derecho a la vida es, básicamente, la posibilidad real para desenvolverse a plenitud, no es la vida del esclavo, no es la vida miserable, sino que es, el derecho a vivir⁽⁷³⁾.

Desde el punto de vista legal la vida es el derecho a la propia existencia sociofisiobiológica del ser humano.

5. FUNDAMENTO

La vida es el mecanismo de realización inmediata a de la persona.

Como derecho supone la facultad de contar con una vida en su total plenitud biológica, social, moral, digna y de calidad. No una vida como mero soporte físico de las funciones fisiológicas del cuerpo humano, sino una vida total. La vida es plena y en abundancia (Yo he venido para que tengan vida y la tengan en abundancia, Jn. 10,10).

(70) JUANATEY DORADO, Carmen. Ob. cit, p.589.

(71) ENGELS, Federico. Ob. cit., En: <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/intnatu.pdf>, 29/06/2013>.

(72) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2012, p. 229.

(73) QUISPE CORREA, Alfredo. *Los Derechos Humanos*. Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 109.

La vida es el elemento (contenido) y el cuerpo el recipiente (contenente). Cuerpo y vida se proyectan como requisitos existenciales de la persona misma⁽⁷⁴⁾.

Son tres los principales problemas que se plantean en relación con la interpretación del derecho a la vida⁽⁷⁵⁾:

Quiénes tienen derecho a la vida.

Desde qué momento se protege este derecho y hasta cuándo.

Prohibición o no de la pena de muerte.

6. TITULARES

Todos los sujetos de derecho son titulares del derecho a la vida, sin excepción alguna.

6.1. Concebido

La postura jurídica en nuestro medio establece que la vida humana comienza con la concepción, por lo tanto, desde ese momento biológico, el ser humano goza del derecho a la vida. La vida del concebido merece protección especial por parte del Derecho, en vista de su estado de desarrollo embriológico.

6.2. Persona natural

La persona natural surge con el nacimiento, que es una etapa de la vida. El goce del derecho a la vida de la persona natural culmina con la muerte, que extingue al sujeto de derecho.

7. NATURALEZA JURÍDICA

Es más que un derecho, un bien supremo, un valor central que junto con la dignidad enaltecen al hombre, el atributo más elemental del ser humano. El más valioso de los bienes terrenales, un bien mayor en la esfera natural⁽⁷⁶⁾. La vida trasciende y enciende al ser. El derecho a la vida

(74) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 291.

(75) JUANATEY DORADO, Carmen. "Derecho a la vida (jurídico)". Ob. cit., p. 585.

(76) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 70.

es un valor supremo⁽⁷⁷⁾, un presupuesto esencial de la calidad de persona y no un derecho de esta⁽⁷⁸⁾. Como diría De Cupis⁽⁷⁹⁾, es un derecho esencial entre los esenciales, un derecho esencialísimo. Para Borda⁽⁸⁰⁾ es un derecho primario, bien supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino.

El derecho a la vida es un derecho personalísimo, supremo, fundamental, inherente al ser humano que el Derecho no hace más que reconocerlo. Se trata de un derecho fundante.

Toda persona goza del derecho a la vida por el simple hecho de serlo, de ser tal. El derecho a la vida sería entonces un derecho primordial entre los derechos atinentes a la persona y el presupuesto indispensable de todos los demás. De no existir el derecho a la vida carecería de sentido referirse a la constelación de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico para la protección y tutela de la persona humana.

8. CARACTERÍSTICAS

El derecho a la vida es un derecho fundamental que tiene las siguientes características:

- Protege la vida desde la concepción hasta el instante propio de la muerte, desde su inicio, natural o asistido, hasta su fin, biológico o legal. La vida es vida en toda su dimensión, no se puede tener más o menos vida que otro; gozo de este derecho independientemente del estado en que me encuentre, una persona en estado vegetativo y atleta de alto rendimiento en su máxima performance gozan del mismo derecho.
- Es un **derecho innato**. Es propísimo del ser humano, personalísimo. Un derecho que surge con el ser humano. Solo el ser tiene derecho a la vida, a su existencia y trascendencia.

(77) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit., p. 19.

(78) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., p. 123.

(79) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p.72.

(80) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 304.

No importa el estado, condición, performance, capacidad del individuo, ni la calidad, racionalidad, viabilidad o grado de vitalidad para hablar de vida. La vida es una, siempre es vida. El concebido, el anciano y el comatoso tienen el mismo derecho a la vida.

- Es un **derecho extrapatrimonial**, ya que ningún aspecto de este derecho puede ser plasmado económicamente. Se encuentra fuera del comercio de los hombres. Sin embargo, su pérdida puede ser indemnizable.
- Es un **derecho fundante**, esencial, base de otros derechos personalísimos.
- Es un **derecho indisponible**, pues no puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito. De allí que se descarte la existencia de un derecho sobre la vida (no puede admitirse que una madre done su corazón a un hijo). Lo que sí es disponible es la integridad pero con ciertos límites la que incluso puede poner en peligro la vida o salud (convenios *et corpore* y contratos sobre el cuerpo humano).
- Es un **derecho pluridimensional**, podemos hablar de vida física, vida psíquica, vida personal, familiar, amical, social, proyecto de vida, etc. Es más puede hablarse de vida en línea - *on line* reflejada en nuestras relaciones digitales, cibernéticas o telemática (finanzas digitales, correos electrónicos, redes sociales, libros y canciones *on line*)⁽⁸¹⁾ que deben tener acceso los herederos luego de la muerte del titular, la denominada herencia digital.
- Es un **derecho relativo**, existen actos legítimos que implican una violación directa como la pena de muerte, aborto, la legítima defensa, el estado de necesidad.

(81) VALVERDE, Gustavo: "Mi vida *on line*... ¿Y si muero? - Una Herencia Digital. En: <<http://linkea.do/2013/04/28/mi-vida-online-y-si-muero/>>, 20/10/2013. Cita el caso del denominado *Legado Digital* de Bruce Willis, quien ha estado estudiando demandar a Apple por su testamento de iTunes, mediante el cual pretendía dejar como legado, a sus 3 hijas, sus canciones compradas en *iTunes*, a lo que Apple indicó que no era posible ya que el contenido descargado a través de la tienda *on-line* no puede ser compartido con terceros ni aun cuando se mantenga una relación directa con estos, según señalan sus políticas de uso de iTunes. Pueden leer más sobre el caso.

9. CLASES

La vida no posee un valor puramente individual, sino también familiar y social. Así pues, podemos hablar de vida personal, espiritual, familiar, amical, institucional, laboral, etc. Hablar de derecho a la vida no implica restringirla únicamente al aspecto somático de la conservación de la vitalidad del cuerpo. El derecho a la vida tutela el aspecto somático, psíquico, familiar, amical, social y de interrelación de allí que el Código nos hable de la **vida personal y de interrelación** (art. 14) cuando protege la intimidad.

Con este criterio podemos clasificar el derecho a la vida en:

- Vida somática: está relacionada a la presencia del funcionamiento del cuerpo (soma), es lo vital y orgánico, el cuerpo.
- Vida espiritual: la vida interna relacionada a lo espiritual (psique), el alma.
- Vida personal: relacionada con los actos y acontecimientos que forman parte del mundo privado de la persona. Roza este aspecto con la intimidad.
- Vida familiar: relacionada con los actos y acontecimientos que ocurren dentro del marco de relación del individuo, con los miembros de su familia.
- Vida social: relacionada con los actos y acontecimientos que ocurren dentro del marco de relación del individuo dentro de la sociedad.
- Vida institucional: el derecho a la existencia aplicable a las personas jurídicas, las cuales tienen derecho a su reconocimiento jurídico, como sujeto de derecho autónomo y distinto de sus miembros.

Sáenz Dávalos⁽⁸²⁾ nos dice que el derecho a la vida supone dos dimensiones:

- Existencial o formal, referida al aspecto fisiológico y funcional. Lo vivo.

(82) SÁENZ DÁVALOS, Luis R. "Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física". Ob. cit., p. 48.

- Material o sustancial, referida al aspecto vivencial, de desarrollo social, entendido este derecho como una oportunidad para realizar el proyecto de vida; no se agota en la existencia física sino que se complementa con la social (educación, salud, trabajo, bienestar) de la mano con la dignidad. Lo vivencial.

10. ACTOS ILÍCITOS

Existen determinados actos que atentan el derecho a la vida, siendo tipificados por el Código Penal como delitos contra la vida.

- Aborto.
- Asesinato.
- Homicidio.
- Instigación o ayuda al suicidio.
- Homicidio piadoso, eutanasia, muerte digna, limitación al esfuerzo terapéutico.

La sanción de estos actos son los más gravosos en el ámbito penal tomando en cuenta la irreparabilidad de la lesión. El ataque del derecho a la vida conlleva de modo indirecto una violación a todos los otros derechos personalísimos⁽⁸³⁾, los que se extinguen en su gran mayoría.

11. ACTOS LÍCITOS

Existen determinados actos que a pesar que lesionan el derecho a la vida lo hacen de forma legítima, no siendo tipificados por el Código Penal como delitos contra la vida.

- Pena de muerte.
- Legítima defensa.
- Huelga de hambre.
- Aborto terapéutico.
- Estado de necesidad.

(83) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 533.

Un tema controversial lo presenta la distanasia, prolongación artificial de la vida, que termina siendo la artificialidad de la vida con el afán de preservar a un ser, una forma de encarnizamiento terapéutico.

12. BASE LEGAL

El tratamiento legal de la vida, protección y garantía, se encuentra salvaguardado en las principales normas nacionales.

- Constitución Política del Perú:
 - artículo 2 inciso 1: “Toda persona tiene derecho (...) A la vida (...)”.
- Código Civil:
 - artículo 1 (...) “la vida humana comienza con la concepción” (...) artículo 5: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad (...)”.
- Código de los Niños y Adolescentes:
 - artículo 1: “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.
- Código Penal, cuando trata los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

13. LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 3: “Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico-quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud”.

Dice Pontes de Miranda⁽⁸⁴⁾ que el derecho a la vida es un derecho ubicuo, existe en cualquier rama del Derecho.

(84) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000, p. 41.

Formas de tutela

La vida se tutela de diversas formas y modalidades de tutelar la vida.

Derechos que protegen el derecho de vivir⁽⁸⁵⁾:

- Los derechos relativos a la conservación de la vida
 - Derecho a no ser víctima de otros.
 - Derecho a no ser víctima de sí mismo.
 - Derecho de mantener la vida.
- Los derechos relativos a la conservación de los órganos corporales.
- Los derechos relativos a la defensa de la vida y promoción de la salud.
- Así también, existen medios de provisión de la vida⁽⁸⁶⁾:
 - Derecho al salario mínimo
 - Alimentos, permiten la subsistencia, la vida en sí
 - Jubilación, permite una calidad de vida al trabajador
 - Renta vitalicia, contrato que faculta a recibir una prestación de por vida
 - Contrato de seguro, permite el cuidado de la salud y la atención de la vida
- Reconocimiento de existencia es una forma de trascender el derecho a la vida.

14. INICIO Y FIN

El inicio y fin de la vida son dos temas de enorme complejidad e inacabable discusión.

14.1. Inicio

Las diversas ciencias se han pronunciado sobre el inicio de la vida.

(85) FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia. Ob. cit., pp. 155, 156 y 157.

(86) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 42.

RELIGIÓN				
Catolicismo	Judaísmo	Islamismo	Budismo	Hinduismo
Con la concepción, cuando el óvulo es fertilizado formando un ser humano pleno y no potencial.	A los 40 días, cuando el feto adquiere forma humana.	Cuando el alma es soplada por Alá en el feto, cerca de los 120 días después de la fecundación.	La vida es un proceso continuo e ininterrumpido. No comienza con la fecundación, está presente en todo y existe en nuestros padres y abuelos, en las plantas, animales y hasta en el agua. El ser humano es una forma de vida que depende de otras.	Alma y materia se encuentran en la fecundación y es ahí donde comienza la vida. El embrión posee un alma y debe ser tratado como humano
CIENCIA				
Genética	Embriología	Morfología	Ecología	Metabología
Comienza con la fertilización, cuando el espermatozoide y el óvulo se encuentran y combinan sus genes para formar un individuo con un código genético único. Opinión de la Iglesia católica.	Comienza en la 3ª semana de gravidez, cuando es establecida la individualidad humana, ya que hasta el día 12 después de la fecundación el embrión es capaz de dividirse y formar otros seres.	Con la actividad cerebral del feto (similar a la muerte). Unos dicen que es la 8ª semana, otros a la 20ª.	La capacidad de sobrevivir fuera del útero hace al feto un ser independiente y determina el inicio de la vida. Los médicos dicen que un bebé prematuro vive si tiene pulmones, los que se forman entre la 20ª y 24ª semana de gestación. (Corte Suprema EE.UU. para autorizar el aborto).	La discusión sobre el origen de la vida es irrelevante, no hay un momento preciso en la que esta surja. Los espermatozoides y óvulos son tan vivos como cualquier persona.

Para nuestro Derecho la vida humana se inicia con la concepción:

- **Constitución Política** (art. 2, inc.1) cuando refiere que: “Toda persona tiene derecho a la vida, en el CC. (art. 1) que establece: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción”.
- **Código Civil** (art. 1) “la vida humana se inicia con la concepción”;
- **Ley de política nacional de población**⁽⁸⁷⁾ (inc. 1 del art. IV) que menciona: “La política nacional de población garantiza los derechos de la persona humana a la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”.
- **LGS** (art. III del Título Preliminar) dice que: “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

(87) DL. 346, (DOER, 05/07/1985).

- **Código de los niños y adolescentes** es más detallista y dice: en sus normas preliminares (art. I). “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”. Asimismo, (art. 1) “El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.
- El Decreto Supremo N° 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002), Reglamento de la Ley N° 27604⁽⁸⁸⁾ respecto de la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en caso de emergencias y partos dice: “En el caso de las emergencias obstétricas se incluye la atención del concebido o niño por nacer, a fin de proteger su vida y su salud”.

La vida humana se inicia biológicamente desde la concepción, *i.e.* desde el momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo dándose inicio a la estructuración del código genético del nuevo ser. Este proceso es indetenible. Desde una posición bioética no puede ser analizado con base en intereses particulares, ni por algunas experiencias en laboratorio. El ser humano es uno, en su esencia y fin. Digno de la más amplia protección desde el momento en el que se inicia su existencia.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que el inicio de la vida humana se da con la concepción, mas no con la anidación; afirmándolo bajo los siguientes términos: “(...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”⁽⁸⁹⁾.

(88) Modifica la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

(89) Exp. N° 02005-2009-PA/TC-Lima.

14.2. Fin

La muerte pone fin a la persona (art. 61). Esta puede ser biológica o, según sea el caso, legal (art. 63, muerte presunta).

14.2.1. Muerte cerebral

Es la muerte biológica o encefálica.

Brain death o *coma dépassé*, este tipo de muerte es un coma IV - extremo (gr. *Kôma*, sueño profundo).

La muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona (art. 108, LGS). La muerte se produce con la cesación definitiva o irreversible de las funciones encefálicas (Ley N° 28189⁽⁹⁰⁾, art. 3). La muerte encefálica se da con el cese irreversible de las funciones del tronco encefálico (Reglamento⁽⁹¹⁾ art. 4).

La constatación de la muerte es responsabilidad del médico que la certifica.

En este caso el cerebro se ha destruido total e irremediamente, comprobándose y certificándose que haga lo que se haga, irremediamente, a continuación vendrán horas o días de colapso circulatorio, el fracaso renal y el derrumbamiento metabólico hasta la parada cardíaca⁽⁹²⁾.

14.2.2. Cesación de actividad cardiorrespiratoria

Es la muerte clínica.

La LGS y el Reglamento de la Ley de trasplantes (art. 3) establece un criterio adicional para determinar la muerte y este es con la constatación de la paralización de la actividad cardio respiratoria. Este criterio, que junto con el anterior forma el denominado **criterio dicotómico de la determinación de la muerte**, ha sido sustentado en el hecho que los servicios tecnológicos de salud no son vastos ni suficientes en todo el país.

(90) Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos (DOEP 18/03/2004). Derogó la Ley N° 23415, modificada por Ley N° 24703 (salvo el Registro Nacional de Donantes, Comité de Solidaridad Social y creación del Banco de Órganos y Tejidos) y su Reglamento el D.S. N° 014-88-SA.

(91) D.S. N° 014-2005-SA (DOEP, 27/05/2005).

(92) ZARRANS IMIRIZALDU, Juan José. "Muerte (jurídico)". En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada 2011, p. 1133.

En aquellos lugares donde no se pueda acreditar la muerte cerebral se validará el fin de la vida con la paralización cardiovascular.

14.3. Muerte aparente

Aquel estado biológico en el que las funciones vitales como la circulación y respiración llegan a una mínima expresión, resultando imperceptibles por los métodos comunes dando que pensar que la persona está muerta.

Entre los casos de catalepsia catalepsia (*katálipsis*: suspender), tenemos estado vegetativo, electrocución, intoxicación oxicarbonada, síncope anestésicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
- BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hamurabi, Buenos Aires, 1983.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004.
- ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*. 1ª edición enero de 2005. Imprime y edita Caum (Club de Amigos de la Unesco de Madrid), <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/intnatu.pdf>>, 29/06/2013
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Lima, Grijley, 2012.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida principio rector del Derecho*. Dykinson, Madrid, 1999.
- FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia. “El derecho a la protección de la vida e integridad física”. En: *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. Protección de la persona y derechos fundamentales, UNAM, 2006.
- HORTTA V., Edwin de J. “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... consecuencias de su

desconocimiento o negación”. En: *Revista de Fundamentación jurídica*. N° 2, Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, Bogotá, 1988.

- JUANATEY DORADO, Carmen. “Derecho a la vida (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*. 3ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1991.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdoba, 1961.
- QUISPE CORREA, Alfredo. *Los derechos humanos*. Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 2002.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013.
- ROJAS BELLIDO, Gabriela. “¿Qué derechos me asisten como paciente? Apuntes en torno a los pacientes y sus derechos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 149, julio de 2013.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALVERDE, Gustavo. “Mi vida online... ¿Y si muero? - Una herencia digital. En: <<http://linkea.do/2013/04/28/mi-vida-online-y-si-muero/>>, 20/10/2013.
- ZARRANS IMIRIZALDU, Juan José. “Muerte (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.

SUBCAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO A LA INTEGRIDAD

SUMARIO. 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Fundamento. 6. Titulares. 6.1. Concebido. 6.2. Persona natural. 7. Naturaleza jurídica. 8. Características. 9. Clases. 9.1. Física. 9.2. Síquica. 9.3. Social. 10. Actos ilícitos. 11. Actos lícitos. 12. Base legal.

1

ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

I. CUERPO HUMANO. 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Definición. 4. Titulares. 4.1. Concebido. 4.2. Persona natural. 5. Naturaleza jurídica. 5.1. Cuerpo de persona viva. 5.2. Cuerpo de persona muerta. 5.3. Partes del cuerpo. 5.3.1. Naturales. 5.3.2. Artificiales. 6. Características. 7. Derecho sobre el cuerpo. 8. Derechos derivados del derecho del cuerpo. 8.1. Derechos a las partes separadas del cuerpo. 8.2. Derecho al cadáver. 8.2.1. Facultades. 8.2.1.1. Derecho de ocisión personal. 8.2.1.2. Derecho de ocisión familiar. 8.2.1.3. Derecho de ocisión social. **II. ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO.** 1. Generalidades. 2. Antecedentes. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Fundamento. 7. Titulares. 8. Naturaleza jurídica. 9. Características. 10. Clases. 11. Actos ilícitos. 12. Actos lícitos. 13. Base legal.

2

EXÁMENES MÉDICOS

1. Generalidades. 2. Base legal. 3. Desarrollo teórico. 3.1. Derecho a rechazar tratamientos o exámenes médicos. 3.2. Derecho a someterse a tratamientos o exámenes médicos.

3

CONTRATOS SOBRE EL CUERPO HUMANO

1. Generalidades. 2. Base legal. 3. Desarrollo teórico.

1. GENERALIDADES

El hombre es una unidad inseparable, unificada e inescindible conformada de cuerpo y alma, es un ser en su total dimensión. No cabe dividir o escindir sus partes o elementos. Tal como es, en su dimensión integral, debe ser entendido y así tratado.

Integridad es sinónimo de totalidad. Es un estar completo, en su entera y plena dimensión. Se relaciona con el cuerpo, la constitución física, la vida funcional y salud, entiendo al hombre como un todo, una unidad inescindible, indisoluble e integral. Ser íntegro implica ser visto, tratado y referenciado como una sola unidad biosicosocial, como un todo, e implica su estado de **intacto** (no tocado) e **intangibile** (que no puede ser tocado), lesionado, alterado, violado, dividido, no puede ser mirado separadamente.

El derecho a la integridad acoroza a la persona.

2. CONCEPTO

Para el *Diccionario de la Real Academia Española*⁽⁹³⁾, Integridad. (Del lat. *integrītas, -ātis*). 1. f. Cualidad de íntegro.

El derecho a la integridad es una facultad en mérito de la cual se reconoce al sujeto como un complejo biosocioexistencial. Esta cualidad de íntegro estará dada en la existencia per se, interna y externa. Este derecho está referido a la intangibilidad de los diversos elementos que componen la dimensión del ser humano. Dentro de este concepto, este derecho comprende el aspecto físico, psíquico y social.

(93) <www.rae.es>. Consultada el 27/06/2013.

El derecho a la integridad, según la denominación que le otorga el Código es unidimensional, derecho a la integridad física, lo que no significa que sea así. La integridad, al ser un todo, no puede delimitarse, en todo caso sería mejor referirnos a la integridad personal.

Lo contrario a integridad es incompleto, que le falta alguna de las partes o estas han sido vulneradas, violadas, avasalladas.

3. DENOMINACIÓN

Este derecho recibe denominaciones diversas

- Derecho a la unidad.
- Derecho a la unicidad.
- Derecho a la integralidad.
- Derecho a la indemnidad.
- Derecho a la intangibilidad.
- Derecho a la indivisibilidad.
- Derecho a la individualidad.
- Derecho a la integridad personal.

La expresión “derecho a la integridad”, sin adjetivos, en su generalidad, sin especificar el aspecto, físico, síquico o social, termina siendo la más correcta.

4. DEFINICIÓN

Espinoza Espinoza⁽⁹⁴⁾ define el derecho a la integridad como aquella situación jurídica en la que se tutela la condición misma del ser humano, en cuanto inescindible unidad psico física. Tutela la parte estática de una realidad: el hombre es su plenaria dimensión existencial.

El derecho a la integridad consiste en que la persona no puede ser privada de ningún aspecto de su propio ser. Se basa en la teoría de la

(94) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2012, p. 261.

indivisibilidad e indemnidad, tomando al ser humano como un conjunto, como una totalidad. Hay integridad del cuerpo desde la concepción, en vida e, incluso, después de la muerte, en la medida que el cadáver materia de una autopsia o trasplante, concluida esta debe dejarse de la mejor forma, será recompuesto con el mayor esmero que su naturaleza exige.

5. FUNDAMENTO

El sustrato de este derecho está constituido por el cuerpo, el espíritu y medio social de la persona.

El derecho a la integridad constituye un atributo que alcanza el ámbito físico, psíquico y social de la persona. Su fin, conjuntamente con el derecho a la salud, es lograr el bienestar del sujeto. Consiste en mantener la salud física y lucidez mental⁽⁹⁵⁾. Busca proteger la dignidad de la persona humana de manera primordial, encontrándose vinculado a la protección a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar⁽⁹⁶⁾. Tutela la integridad personal frente a las agresiones o amenazas, sean propias o de terceros, particulares o del Estado, además este derecho protege al individuo frente a toda agresión en su cuerpo, además, proscribe toda intervención no consentida⁽⁹⁷⁾, *i.e.* restringe actos que van dirigidos más allá de lo permitido por el sujeto independientemente se afecte o no su salud. Salud e integridad están en íntima conexidad pero una intervención no consentida –coactiva– que genere dolor, malestar o riesgo para la salud significaría un plus para la afectación del derecho a la salud pero no la *conditio sine qua non* para su vulneración, en esta situación se daña la integridad⁽⁹⁸⁾.

Se protege desde lo más simple (no cortarles las uñas, cabello, barba a una persona sin su autorización), intervenciones corporales leves, simples inspecciones de reconocimiento –no invasivas– hasta lo más comprometedor (lesionar, cercenar o amputar un miembro u órgano). Sobre el primer punto, Pontes de Miranda⁽⁹⁹⁾, considera que aquel que con el

(95) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 76.

(96) STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC, f. j. 23.

(97) ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 554.

(98) Ídem.

(99) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000, p. 46, así también en las pp. 49 y 50.

consentimiento de la persona le corta el cabello, la barba o las uñas a una persona, no ofende la integridad física, porque son partes del cuerpo que pueden, con el consentimiento ser cortadas, *hoc sensu* para este autor el derecho a la integridad física no abarca lo que se regenera o crece siempre, en estos casos la ofensa se da al honor o puede implicar una injuria.

Se sustenta en la:

- Inmunidad.
- Indemnidad.
- Incolumidad.
- Inviolabilidad.
- Intangibilidad.
- Inalterabilidad.
- Invulnerabilidad.
- Inmortificabilidad.

El acompañamiento del prefijo negativo *in* expresa, nada menos que, el valor contrario de la palabra que acompaña, así no tocado, no violado, no alterado, no menoscabado, no dañado, es una ausencia de acción de dichos actos.

Debe evitarse, prohibirse, proscribirse aquellos actos que inflijan un padecimiento o sufrimiento. De allí que Bittar⁽¹⁰⁰⁾ manifieste que este derecho está fundado en la regla básica de convivencia expresada en la máxima *neminem laedere*⁽¹⁰¹⁾, la protección jurídica por el Derecho Civil, a decir de Borda⁽¹⁰²⁾, obliga a indemnizar los daños resultantes de las lesiones físicas y que sanciona con nulidad los actos y contratos que vulneran este derecho. Respecto de la indemnización por el daño causado al aspecto somático per se y el daño derivado debe tenerse en cuenta que la determinación es distinta, por ejemplo, como cita Pontes de Miranda⁽¹⁰³⁾, cuando se dice que un brazo tiene valor económico para un pintor, porque con

(100) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 76.

(101) Ídem.

(102) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 311.

(103) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 43.

él trabaja y gana para vivir, se alude a que el pintor produce, usando la mano y el brazo; más ese valor económico es un **plus**, no es el que se protege cuando se protege la integridad física.

Respecto del contenido y delimitación, Tobías⁽¹⁰⁴⁾ plantea tres tesis:

Negativa, referida a la tutela de la individualidad corpórea frente a amenazas y ataques de terceros

Positiva, facultad de disponer de la esfera corporal de la persona y disponer del destino del cadáver

Delimitado, protege a la persona frente a las amenazas de terceros a la esfera corporal, incluyendo la facultad de rechazarlas (derecho de disposición del propio cuerpo).

6. TITULARES

6.1. Concebido

El concebido como titular cuenta con el derecho a no ser sometido a manipulaciones biomédicas, genéticas, realizadas con fines distintos a su beneficio, a no ser sometido a actos que pongan en riesgo su integridad y/o su vida (abortivos), ni lesionada.

6.2. Persona natural

La persona natural no puede ser lesionada y debe ser tratada en su máxima y real dimensión existencial.

El ejercicio del derecho a la integridad solo es posible *uti singulis* (de forma individual) y no *uti socius* (de forma social).

7. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho a la integridad es un derecho personalísimo, fundamental, extrapatrimonial, inherente al ser humano y, por tanto, el Derecho no hace más que reconocerlo. Se trata de un derecho fundante. De Cupis⁽¹⁰⁵⁾,

(104) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 560.

(105) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p. 72.

sostiene que como bien, este derecho, tiene la jerarquía de los bienes más elevados después del bien de la vida.

El cuerpo es utilizado en doctrina en un doble sentido: en sentido estricto, que se contrae tan solo a la parte orgánica o anatómico-fisiológica de la persona. Y en sentido amplio, que comprende la integridad de la estructura psicosomática, *i.e.*, tanto el cuerpo en sí como aquel que incluye también a la estructura psíquica del ser humano. Como es sabido, ambos aspectos constituyen una unidad indisoluble por lo que una lesión al cuerpo o soma repercute, de alguna manera, en lo psíquico como viceversa, es decir, que una agresión a la psique afecta, en alguna medida, al soma o cuerpo.

Como todo derecho, el derecho a la integridad comprende un específico deber que es el de mantener su unidad psicosomáticasocial en las mejores condiciones evitando todo acto que pueda lesionarla, alterarla, afectarla.

El ser humano exige la protección jurídica de su unidad psicosomática en tanto requiere utilizarla, en las mejores condiciones posibles, como elemento fundamental del cual se vale para cumplir plenamente con su doble misión, tanto en su realización como persona cumpliendo con su proyecto de vida, como la social que es la que se presta a los demás, a la comunidad, principalmente a través del trabajo eficiente y productivo.

El derecho a la integridad psicosomática requiere de su complemento que es el derecho a la salud. Para mantener el óptimas condiciones la unidad psicosomática exige de poder contar con la protección de su salud en caso de que ella fuera mellada por alguna enfermedad.

El derecho a la integridad es un derecho fundante, esencial que sirve de base para el surgimiento de otros derechos, como el derecho al bienestar.

El derecho a la integridad comprende el derecho a la salud, el mismo que no debe interpretarse en un sentido restrictivo de índole somático sino en su más amplia acepción, es decir, como facultad de la persona a su total protección psicosomática en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Algunos autores tipifican el derecho a la salud como uno de carácter autónomo, mientras que otros consideran que este puede comprenderse dentro del amplio derecho a la integridad. Al lado del derecho a la salud, y como expresiones del derecho a la integridad física antes citada, deben considerarse, entre otros, el derecho a la persona a no ser obligada a intervenir en actos que pongan en peligro su propia integridad, a

no ser agredida por atentados originados por la contaminación ambiental o ruidos excesivos.

- Derecho real.
- Derecho especial.
- Derecho personalísimo.

8. CARACTERÍSTICAS

Frente a la vida, más adelante y más avanzando está el derecho a la integridad física⁽¹⁰⁶⁾. Es un derecho derivado de la vida y que tiene como complemento a la salud.

Cuenta con las siguientes características:

- Es un derecho innato. Es un derecho que surge con el ser humano. El ser humano desde el inicio de su vida tiene derecho a la integridad.
- Es un derecho personalísimo, extrapatrimonial, ya que ningún aspecto de este derecho puede ser plasmado económicamente.
- Es un derecho fundante, esencial, base de otros derechos personalísimos.
- Es un derecho disponible dentro de los límites de la ley y las buenas costumbres, no están permitidas las automutilaciones, amputaciones, autolesi3n; sin embargo, puede ser sometido a actos de disposici3n, a t3tulo oneroso o gratuito. A decir de Lete del R3o⁽¹⁰⁷⁾ se admite el sacrificio de la integridad f3sica o arriesgarla cuando el fin que se persigue es obtener un beneficio superior para la propia persona o para terceros, de forma que son admisibles las intervenciones quir3rgicas que disminuyan la integridad f3sica o que la transformen (cirug3a est3tica), donaciones de 3rganos o sangre. A criterio de Bittar⁽¹⁰⁸⁾ es un derecho disponible sobre ciertos condicionamientos dictados por el inter3s general; es, justamente, esta caracter3stica que distingue la integridad del derecho a la vida, la disponibilidad⁽¹⁰⁹⁾.

(106) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edici3n, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000, p. 46.

(107) LETE DEL R3O, Jos3 Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 179.

(108) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 76.

(109) DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.93.

- Es un derecho pluridimensional, podemos hablar de integridad física, integridad psíquica, integridad moral, integridad espiritual, integridad familiar, integridad social, etc.
- Es un derecho relativo pues existen actos legítimos que implican lesiones a este derecho, como intervenciones quirúrgicas, exámenes médicos, trasplantes de órganos, convenios *et corpore*.
- El derecho a la integridad trasciende la muerte, ya que el cadáver como objeto de derecho especial mantiene el derecho a la integridad física⁽¹¹⁰⁾, espiritual, social.
- Se aplica *uti singulis*, de forma personal, en el aspecto físico y síquico y *uti socius*, de forma social, en la integridad social.
- Su afectación puede dañar la imagen o honra de la persona en la medida que el componente afectado sea esencial para el ejercicio de su actividad (corte de cabello a un artista que es representativo de él, o vejatoria, corte de la barba contra la voluntad del interesado)⁽¹¹¹⁾.
- Es un derecho que se vincula con la libertad y voluntad del sujeto, constituyendo el principal anclaje iusfundamental del principio de autonomía del paciente y, consiguientemente, de la exigencia de su previo consentimiento⁽¹¹²⁾. Una intervención no consentida es una vulneración a la integridad y correspondiente libertad, más que afectar la salud en sí.

9. CLASES

La Constitución Política del Perú: artículo 2 inciso 1⁽¹¹³⁾, nos dice que: “Toda persona tiene derecho (...) a su integridad moral, psíquica y física (...)”; asimismo, en el literal h, inciso 24, del artículo 2: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato

(110) El artículo 31 del D.S. N° 014-88-SA, Reglamento de la antigua legislación de trasplantes, establecía que “la extracción de órganos de personas fallecidas se efectuará de modo de evitar mutilaciones o disecciones innecesarias. El cadáver debe ser recompuesto con el mayor esmero que su naturaleza exige”.

(111) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 81.

(112) ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: Ob. cit., p. 555.

(113) La Constitución de 1979 solo hablaba de integridad física (art. 2, inc. 1).

el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”. Trata de tres tipos de integridad:

- Física
- Moral
- Síquica.

Consideramos que entre la moral y la síquica hay poca diferencia. Ambas se relacionan con lo que la persona siente o piensa⁽¹¹⁴⁾, por lo que consideremos, *hoc sensu* –en este sentido– en lugar de la primera, consideremos el denominado ámbito social.

En este contexto, la integridad como derecho puede contar con varias cualidades o adjetivos: física, síquica o social.



Integridad (derecho): Físico, síquico y social (cualidades)

9.1. Física

Lo biofuncional, somático, anatómico y corpóreo.

(114) SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013, pp. 66 y 67. Este autor presenta las diferencias: (i) **Integral moral**, o comportamental, está relacionado con el aspecto externo. La percepción que la persona realiza de sí misma y su comportamiento a partir de valores esenciales (honestidad, gratitud, solidaridad) que nadie puede obligar a que cambie dicho modo de ser y existir, y (ii) **Integridad síquica**, está relacionada con el aspecto interno. La tranquilidad interior.

Compuesto por el soma, el aspecto corporal. Todo aquello que del hombre es perceptible con los sentidos. Las partes del cuerpo tratadas por separado o después de la muerte deben ser respetadas (Código Civil, arts. 7, 8, 10, 13). Comprende la salud física, que puede ser menoscabada sin que produzca una alteración de la morfología o estructura física⁽¹¹⁵⁾.

El Tribunal Constitucional considera que: “La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano, y en general, la salud del cuerpo. La afectación a la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.”⁽¹¹⁶⁾.

Este tipo de integridad se divide en:

- **Sexual.**- Relacionada con la capacidad de disponer de métodos anticonceptivos.
- **Genética.**- Para la protección del genoma humano y la información en él contenida.

La violencia contra lo físico, contra el cuerpo, está representada en los daños biológicos, mortificaciones (hacer la muerte, hacer imposible la vida), moretones, rasguños, lesiones, heridas, fracturas, desmembramientos, etc.

9.2. Síquica

Llamada psicológica, existencial o moral.

Compuesta por la psique, el aspecto mental, síquico, espiritual, moral, los valores e ideas. Lo interno, referido a todos aquellos actos que sin producir huella, herida o rastro aparente, conllevan a una perturbación, sufrimiento, dolor, intranquilidad o angustia.

Es la estabilidad mental. La necesidad en la persona de saber quién es uno, de modo que se pueda ser o existir con un sentido de unidad. Protege a la persona humana contra todo tipo de tortura o maltrato que dañe

(115) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 561.

(116) STC Exp. N° 2333-2004-HC/TC f. j. 2.1.

o perturbe sus capacidades mentales (Constitución Política, art. 2 inc. 24 párrafo h).

El Tribunal Constitucional considera que: “El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano”⁽¹¹⁷⁾.

Dentro de este tipo de integridad tenemos:

- Honor (honra, reputación, fama).
- Identidad (personal, sexual y genética).
- Intimidad (personal, familiar, social, etc.), voz e imagen.

La violencia contra lo síquico está representado en el maltrato interno, de palabra u obra, limitar o restringir la voluntad de una persona como:

- **Suero de la verdad**, que supone la aplicación de soluciones líquidas –para explorar sin expresión de voluntad– el campo del subconsciente.
- **Lavados de cerebro** o las **hipnosis** realizadas por vía compulsiva o no avaladas por el libre albedrío⁽¹¹⁸⁾.
- *Bullying* representan atentado contra la integridad moral.

9.3. Social

Es la integridad colectiva, de grupo.

Tiene una relevancia ultraindividual, *i.e.* no solo comprende el aspecto individual sino que es de interés de la colectividad⁽¹¹⁹⁾. Compuesta por las relaciones de la persona en sociedad, la sociabilidad. Lo social, en la dimensión de este derecho, implica que se me reconozca como parte de mi medio, de mi espacio, de mi zona, del grupo que integro y en el cual me desarrollo.

(117) STC Exp. N° 2333-2004-HC/TC f. j. 2.3.

(118) STC Exp. N° 4903-2005-HC/TC f. j. 8.

(119) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 561.

Incluye las costumbres, idiosincrasia y creencias que tiene un pueblo o comunidad, las que deben ser respetadas por los otros. La persona tiene el derecho a ser parte y seguir permaneciendo a su grupo social. Se da en el caso de los nativos, selváticos, los no contactados, los casos de *homeschooling* o *homeschool*.

La violencia contra lo social está representado con todos aquellos actos dirigidos a desintegrar socialmente a las personas, apartar a una persona de su medio social, de su comunidad, de su medio (caso de las personas no contactadas, aquellos aborígenes que no han tenido contacto alguno con el hombre; tratar de imponer una sociabilización a nativos, indígenas), imponiendo conductas, costumbres, idiosincrasias.

10. ACTOS ILÍCITOS

La violación del derecho a la integridad hiere el cuerpo.

Existen determinados actos lesivos al derecho a la integridad sancionados jurídicamente, entre los cuales, tenemos a los siguientes:

- Tortura⁽¹²⁰⁾.
- Mendicidad⁽¹²¹⁾.
- Contaminación.
- Desaparición forzada.
- Manipulación genética.
- *Bullying*, acoso escolar⁽¹²²⁾.
- *Mobbing*, acoso laboral.

(120) Diferentes métodos y tormentos que se usan en la actualidad: El submarino o bañera, impedimento de la visión, golpes con martillos de hule, amenazas, gritos, humillaciones, agresión sexual, simulacro de ejecución, golpes, extenuación física. En la Edad Media se utilizaron los grilletes, silicio, cepo, máscaras infamantes, aplastapiernas, divisor de rodillas, métodos de cosquillas, aplasta cabezas, método del agua - gota a gota, colgamiento, la pera oral, rectal o vaginal, desgarrador de senos, la cuña, el tormento de la rata, muchos de ellos utilizados por La Santa Inquisición. Otros métodos de tortura que terminan en muerte como el empalamiento, crucifixión, descuartizamiento, hoguera.

(121) Ley N° 28190, Ley que protege a los menores de edad de la mendicidad al causar daños irreparables en su integridad e identidad.

(122) Ley N° 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas.

- Experimentación humana.
- Contagio de enfermedades.
- Ejercicio ilegal de la medicina.
- Exposición o abandono al peligro.
- Trata de blancas - *human trafficking*.
- Lesiones, a la persona y al concebido.
- Omisión de socorro y exposición a peligro.
- Castración, física (emasculación, cercenamiento del pene) o química (farmacológica u hormonal).
- Inocuidización, hacer inofensivo al autor de un delito, neutralizar peligrosidad (usado por el positivismo criminológico).
- *Burn-out*, síndrome del trabajador quemado, es el desgaste inherentes a la profesión que genera en el trabajador una intensa demanda emocional (enfermeras, profesores)⁽¹²³⁾.
- *Escrache*⁽¹²⁴⁾, manifestación pacífica de un grupo de activistas de derechos humanos que con la idea de reclamar sus derechos recurren protestar en las inmediaciones donde reside o trabaja determinada persona.
- Tratos crueles, inhumanos, degradantes, en general son maltratos, vejaciones, desprecios, discriminaciones, humillaciones, abandonos, difamaciones, ofensas (violación de la correspondencia, violación del domicilio, violación del derecho a la intimidad o de la vida privada, los ataques al honor y al buen nombre, la discriminación⁽¹²⁵⁾).
- Azote o *spanking*, es un castigo por una falta cometida. Se presenta como una práctica usada para impartir justicia en las comunidades

(123) VARSI, Enrique@enriquevarsi. "Síndrome de Burnout, es el desgaste profesional o síndrome del trabajador desgastado, consumido, agotado!". 21/02/2013.7:03 am. Tweet.

(124) VARSI, Enrique@enriquevarsi. "Manifestación pacífica de un grupo de activistas de DD.HH. que van al domicilio o trabajo de alguien a quien quieren denunciar". 24/05/2013.5:26 am. Tweet.

(125) MARTÍNEZ MORAM, Narciso. "Trato inhumano o degradante". En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 1654.

campesinas y en los pueblos. Algunos países la permiten en la medida del número de azotes (5, 10, 20 no más) y se protejan las partes íntimas (básicamente los testículos).

Se da con agravantes en personas expuestas, en situación de desventaja o vulnerabilidad.

11. ACTOS LÍCITOS

Existen determinados actos que a pesar de que lesionan el derecho a la integridad lo hacen de forma legítima, no siendo tipificados por el Código penal como delitos.

- Esterilización.
- Adecuación del sexo.
- Transfusión de sangre.
- Trasplantes de órganos.
- Compraventa de cabello.
- Métodos anticonceptivos.
- Intervenciones quirúrgicas.
- Contratos de trabajo peligrosos.
- Técnicas de reproducción asistida.
- Deportes de riesgo, box, vale todo.
- Esterilización y métodos de planificación familiar.
- Tatuajes, *piercing*, perforaciones, implantes, micro pigmentación y modificaciones corporales en general.
- Convenio de lactancia, amas de leche (hasta el siglo XIX las mujeres no solían amamantar a sus hijos).

Así también, la ingesta médica de estupefacientes, sicotrópicos o atáxicos, *i.e.* los calmantes o alterantes en general.

Además de ello, la integridad puede estar sujeta a eventuales restricciones derivadas de la necesaria preservación de otros principios, valores, bienes o derechos constitucionales⁽¹²⁶⁾, tal es el caso de:

- Cuarentena.
- Dosaje ético⁽¹²⁷⁾.
- Vacunación obligatoria.

No es acto de libre disposición del cuerpo:

- Burrires.
- Autolesión.
- Prostitución.
- Sadomasoquismo.
- Exhibicionismo pornográfico.
- Automutilación, para eximirse del servicio militar obligatorio, para cobrar un seguro.
- Autoflagelación, demostración religiosa, prácticas penitenciales, martirios, éxtasis, suplicios.
- Autoamputación como consecuencia de las fobias corporales (autofobias), faneromanía, preocupación constante por algún defecto del cuerpo o por una parte de este.

Situaciones límites que vienen siendo discutidas en la jurisprudencia comparada⁽¹²⁸⁾:

- Intervenciones corporales en el marco penitenciario y en el contexto de las necesidades probatorias en el seno del proceso y la asistencia no consentida.

(126) ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. Ob. cit., p. 557.

(127) “Artículo 275.- Obligaciones del conductor implicado en un accidente de tránsito. El conductor implicado en un accidente de tránsito debe: ...6) Denunciar inmediatamente la ocurrencia del accidente de tránsito ante la Comisaría de la Policía Nacional del Perú de la jurisdicción; y someterse al dosaje ético”. Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito - Código de Tránsito con Modificatorias D.S. N° 016-2009-MTC.

(128) *Ibidem*, p. 558.

- Sometimiento a un examen ginecológico en el curso de una investigación por el delito de aborto.
- Licitud de la orden dada a un preso de desnudarse y realizar flexiones tras una comunicación íntima o su sometimiento a pruebas radiológicas.

12. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú:
 - Artículo 2, inciso 1: “Toda persona tiene derecho (...) a su integridad moral, psíquica y física (...)”; inciso 24, literal h: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.
- Código Civil:
 - Artículo 5. El derecho a la integridad física.
 - Artículo 6. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física.
 - Artículo 7. Cesión de órganos.
 - Artículo 12. No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona.
 - Artículo 333, inc. 2. La violencia, física o psicológica como causal de separación de cuerpos o divorcio.
 - Artículo 423, inc. 3. Facultad de los padres de corregir moderadamente a sus hijos.
 - Artículo 454. Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.
 - Artículo 744, inc. 1. El maltrato de obra o injuria grave y reiteradamente como causal de desheredación.

- Artículo 920. El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.
- Artículo 1158. El incumplimiento de la obligación de no hacer faculta al acreedor a utilizar la violencia contra la persona del deudor.
- Código de los Niños y Adolescentes:
 - Artículo 1. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.
 - Artículo 4. A su integridad personal. El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.
- Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad, D.S. N° 002-2014-MIMP del 8 de abril de 2014.
 - Artículo 7. Derecho a la vida y la integridad de la persona con discapacidad- Las investigaciones médicas o científicas que involucren a una persona con discapacidad no se podrán llevar a cabo sin el consentimiento previo, libre e informado de esta o de su representante legal, con el objeto de preservar su salud o aptitud psíquica o física, para lo cual deberá cumplirse con las normas emitidas por el sector salud.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 2003.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª Edición, Ed. Grijley, Lima, 2012.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ MORAM, Narciso. “Trato inhumano o degradante”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 7, Bookseller, Campinas, 2000.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.

ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

I. CUERPO HUMANO

1. GENERALIDADES

El cuerpo determina al ser humano en su existencia físico material. Es lo biológico estructural compuesto de un esqueleto, órganos, tejidos y fluidos. Contiene a todo un organismo que permite la vida propia y la de relación.

No podemos hablar de persona sin cuerpo, sin estructura que lo contenga y sostenga. El cuerpo es a la persona como el continente es al contenido.

La persona es unión de dos elementos: el espiritual (alma) y el material (cuerpo), es corpoespiritualidad⁽¹²⁹⁾, inteligente y corpóreo⁽¹³⁰⁾. El cuerpo envuelve el alma y esta determina el ser.

El tratamiento al cuerpo en el transcurso de la historia de la humanidad refleja la forma en la que nos enfrentamos a los problemas en torno al reconocimiento de la persona humana en una esfera de relacionalidad⁽¹³¹⁾. A través del cuerpo me relaciono, llevo a cabo vínculos intersubjetivos y, como tal, con él, me diferencio de los demás.

Sus elementos constitutivos son el Hidrógeno (H), Oxígeno (O), Carbono (C) y Nitrógeno (N) y otros de menor contenido.

(129) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 403.

(130) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 25, nota 25.

(131) FREIRE DE SA, Fátima. "Cuerpo humano (jurídico)". En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Comares, Granada, 2011, p. 500.

2. CONCEPTO

El cuerpo humano es lo anatómico y biológico, la estructura física material que contiene al ser humano y, como tal, signo de su identidad.

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽¹³²⁾, Cuerpo. (Del lat. *corpus*) “(...) 2. m. Conjunto de los sistemas orgánicos que constituyen un ser vivo”.

El cuerpo es para la persona el más perceptible de sus elementos de identificación como miembros de la especie humana⁽¹³³⁾, algo común a la especie *homo sapiens*, distinto (personal) a todos los individuos que comparten una misma realidad intersubjetiva dialéctica⁽¹³⁴⁾; es el elemento constitutivo que marca la identidad de la persona. Para la gran mayoría su cuerpo es **un medio** (personas normales) mientras que para otros su cuerpo **un desafío** (personas con discapacidad). Pero el cuerpo es siempre el mismo, sea que esté completo / fraccionado o en funcionamiento / deteriorado, hay cuerpos formados y deformados, cuerpos naturales o delineados, cuerpos forjados o fofos pero, en fin todos, cuerpos en su total dimensión.

Es el vehículo que marca la existencia y presencia de la persona.

3. DEFINICIÓN

Cifuentes considera que el cuerpo es la manifestación visible de la persona, un objeto de especial consideración y, por tanto, pasible de relaciones jurídicas⁽¹³⁵⁾. Bittar manifiesta que es el instrumento por el cual la persona se realiza en su misión en el mundo fáctico⁽¹³⁶⁾. Según Freire “El cuerpo humano es la expresión de la propia persona en este proceso de autodeterminación, tanto para atribuir contenido a su integridad física como para delimitar las coordenadas de su orientación síquica”⁽¹³⁷⁾.

(132) Véase: <www.rae.es>. Consultada el 27/06/2013.

(133) GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. “Persona (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada 2011, p. 1258.

(134) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 502.

(135) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 292.

(136) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 82.

(137) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 502.

Podemos decir que el cuerpo humano es la estructura biológica, la carcasa, envase, continente del ser humano. El soporte anatómico de la noción jurídica de la persona humana. Es una unidad física, dimensión material, aquello que representa somáticamente al ser humano que lo contiene y expone ante la sociedad.

4. TITULARES

Los sujetos de derechos individuales tienen un cuerpo.

4.1. Concebido

El concebido cuenta con un cuerpo en un proceso de desarrollo (ontogenia). Un cuerpo que se va formando desde su etapa primigenia de cigoto, huevo, mórula, blástula, glástula, preembrión, embrión, feto y nacido, siendo estos dos últimos los que cuentan con forma y apariencia humana.

4.2. Persona natural

La persona natural tiene un cuerpo que va desarrollándose y envejeciendo. Cuerpo de niño, joven, adulto, anciano.

5. NATURALEZA JURÍDICA

¿Qué es el cuerpo para el Derecho?

Es el *elementum* (con)formado externamente de cabeza, tronco y extremidades.

El cuerpo y sus partes son elementos materiales e institucionales de la existencia de la persona⁽¹³⁸⁾.

Se trata de un elemento físico que la identifica (imagen) asemejándola o diferenciándola de aquellos con quien convive (identidad)⁽¹³⁹⁾.

El cuerpo es, de adentro para afuera, lo que proyecto como imagen para los demás y, de afuera para adentro, lo que reservo para mí. Tiene un contenido material, lo biológico y uno existencial, el alma. Pero, a criterio de Freire: “El cuerpo humano no debe ser entendido como una

(138) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 87.

(139) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 502.

prisión del alma o como una manifestación de una realidad intangible, ni tampoco reducir al mismo todo proceso que es ser una persona. Por el contrario, el cuerpo debe ser tratado como elemento imprescindible para el reconocimiento de la base sensible de una persona que se manifiesta a través de él”⁽¹⁴⁰⁾.

5.1. Cuerpo de persona viva

Es un elemento especial.

No es, ni en todo ni en cualquiera de sus partes, una *cosa* en sentido jurídico.

5.2. Cuerpo de persona muerta

Es un **cadáver**, un objeto de derecho especial.

El término cadáver proviene del acrónimo de Caro Data Ver minibus –carne dada a los gusanos– que los romanos solían colocar en las sepulturas. Este tiene como destino biológico y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19) y, como destino social su sepultura, lugar donde encontrará la paz, recibiendo el culto de la familia. Sin embargo, puede tener un destino especial que es su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, siendo sus fines solidarios y altruistas, en la medida que esté acorde con la ley.

El cuerpo muerto, los restos mortales, no pierden la calidad humana por lo que merecen respeto y consideración exclusiva, ello en reconocimiento de la protección “ultraexistencial” del sujeto de derecho⁽¹⁴¹⁾.

El cadáver es un objeto de derecho especial (resto cuasi sacro de la personalidad⁽¹⁴²⁾) digno de la más amplia protección, respeto y piedad; asimismo, está fuera del comercio de los hombres. Este es el sustento del principio *corpore humane est res extra commercii mancipi*, su base legal la tenemos en la LGS, artículo 45 *in fine*: “Los establecimientos de salud solo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito” y artículo 116 “Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”. La Ley de trasplante de órganos (art. 7) y su

(140) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 501.

(141) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.

(142) GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas, Madrid, 1987.

Reglamento (art. 17) consideran que todo acto de disposición de órganos y/o tejidos es gratuito (...). El CP, es más, ha tipificado el **delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos** (art. 318-A). El CEDCMP establece que: “Comete falta grave contra la ética profesional, el médico que, con propósito de lucro o sin él, propicia o ejecuta tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderle” (art. 23). La comerciabilidad ofende la dignidad y el cadáver, como resto humano, aún goza de esta. Si la persona no puede ser objeto de derechos patrimoniales, el cadáver tampoco puede serlo, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el cuño y residuo de la persona viva⁽¹⁴³⁾.

5.3. Partes del cuerpo

Es aquello que corresponde al cuerpo pero que fue separado de él (natural o artificialmente) o adherido al mismo de forma artificial (prótesis, endoprótesis –*stent*–, órtesis).

5.3.1. Naturales

Las partes del cuerpo una vez separadas, cortadas o extraídas se convierten en cosas, *res*, pasan a ser **bienes autónomos**⁽¹⁴⁴⁾.

En este sentido, su propiedad corresponde a la persona cuyo cuerpo integraban y de la cual provienen pudiendo ser objeto de actos jurídicos siempre que no sean contrarios a la moral o a las buenas costumbres⁽¹⁴⁵⁾; al ser cosas, generalmente, entran en el comercio⁽¹⁴⁶⁾ (no pueden venderse miembros para hacer lámparas o piel para carteras), son cosas objeto de derecho de propiedad de aquel cuyo cuerpo fueron separada⁽¹⁴⁷⁾.

5.3.2. Artificiales

Son las partes accesorias, complementarias, adminículos, aparatos, aparejos corporales tales como implantes, prótesis, órtesis, exoesqueletos,

(143) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p. 98.

(144) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo II, EDIAR, Santiago de Chile, 1990, p. 480.

(145) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdova, 1961, p. 130, con referencia del pie de página número 130.

(146) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 403.

(147) DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p. 94.

dentaduras postizas, ojos de vidrio, miembros ortopédicos, marcapasos, implantes cocleares que corrigen sordera, huesos metálicos, placas, tornillos son cosas⁽¹⁴⁸⁾. Así también, los injertos que se solidifican.

Su dominio corresponde a la persona que las posee, pertenecen a la persona de la que es originaria.

6. CARACTERÍSTICAS

El cuerpo posee las siguientes características:

- Surge desde la concepción, va tomando forma, desarrollándose, creciendo y envejeciendo. Como consecuencia de la muerte pasa a ser un cadáver pero, cuerpo humano al final de cuentas.
- El cuerpo es material, no es ideal. Deja de existir con la incineración, pasa a ser nada, solo cenizas, *caput mortuum*.
- Es una estructura biológica compleja que no solo se compone de cabeza, tronco y extremidades; se comprende de esqueleto, órganos, tejidos y fluidos (sangre, semen, leche).
- El uso del cuerpo humano puede ser:
 - Propio, de interés para su titular y se refiere al cuerpo animado (*in vivo*).
 - Ajeno, de ejecución por los familiares o designados de cumplir el acto de última voluntad del titular del cuerpo y se refiere al cuerpo inanimado (cadáver).
- Inviolable, la lesión está prohibida; salvo que se trate de actos de disposición del propio cuerpo en los que la voluntad y beneficio propio marca la excepción.
- Es un bien no patrimonial, el cuerpo humano no es un artículo de consumo que pueda negociarse con él o con algunas de sus funciones propias e inherentes, se sustenta en el principio *Corpore humane est res extra commercii mancipi*⁽¹⁴⁹⁾ (El cuerpo humano está fuera del comercio).

(148) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961, p. 130, con referencia del pie de página número 130.

(149) Ley General de Salud, artículo 45 *in fine*: “(...) Los establecimientos de salud solo podrán disponer de

- Modulable, la persona puede acondicionar el cuerpo a su voluntad, agregándole o quitándole, aspirando a través de él su deseo de ser, de presentarse de acuerdo a su modelo existencial.
- Tutelado y resguardado por la ley, el cuerpo humano está resguardado jurídicamente confiriendo a su titular derechos y libertades de disposición que le permitan diseñar su propia biografía física, respetando los límites legales impuestos la moral y buenas costumbres. Cuando

órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito” y artículo 116: “Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”. Asimismo, el derogado Reglamento de la también derogada Ley de Trasplante de Órganos, D.S. N° 014-88-SA, indicaba: “Artículo 3.- Ninguna cesión de órganos o tejidos para trasplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, podrá realizarse en forma onerosa o bajo modalidades encubiertas de compensaciones, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico o contraprestaciones de similar o análoga naturaleza. Todo acto en contra es nulo. El cuerpo humano y, en su caso, sus restos mortales, carecen jurídicamente de significado económico-patrimonial. Toda cesión o disposición de órganos o tejidos efectuada de conformidad a la Ley, responde al supremo valor de la solidaridad humana”. (este Reglamento ha sido Derogado por la Séptima Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28189, publicada el 18 de marzo de 2004, salvo en lo referido al Registro Nacional de Donantes, al Comité de Solidaridad Nacional y a la Creación del Banco de Órganos y Tejidos para Trasplantes). En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley N° 27282 (Derogada por la Séptima Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28189, publicada el 18/03/2004, salvo el Capítulo II y el artículo 16). Actualmente el artículo 7 de la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, establece: “7.1 Todo acto de disposición de órganos y/o tejidos, es gratuito. Se prohíbe cualquier tipo de publicidad referida a la necesidad o disponibilidad de un órgano o tejido, ofreciendo o buscando algún tipo de beneficio o compensación. 7.2 Los mecanismos de financiamiento para los procedimientos de extracción de órganos y/o tejidos serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. En ningún caso, los costos serán exigidos al donante vivo ni a la familia del donante cadavérico”. A su vez, el Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2005-SA, indica en su artículo 11 que: “La donación de órganos y tejidos de personas fallecidas o vivas debe ser un acto altruista, solidario, gratuito y voluntario, acorde con los postulados éticos de la investigación médica”, en tanto que el artículo 17 (modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 022-2006-SA, publicado el 08 de noviembre de 2006) del mismo Reglamento señala: “Todo acto de disposición de órganos y/o tejidos, es gratuito. Se prohíbe cualquier tipo de publicidad referida a la necesidad o disponibilidad de un órgano o tejido, ofreciendo o buscando algún tipo de beneficio o compensación. De conformidad con el numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley N° 28189, los gastos que ocasionen los procedimientos de extracción de órganos y/o tejidos, incluyéndose como parte de este proceso el mantenimiento del donante cadavérico y el destino final de los restos (gastos de sepelio), serán asumidos por el o los centros transplantadores independientemente de la procedencia del donante y del lugar donde se realicen estos procedimientos de extracción”. Por su parte, el anterior Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú establecía: “Comete falta grave contra la ética profesional, el médico que, con propósito de lucro o sin él, propicia o ejecuta tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderle” (art. 23). Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico*. Ob. cit., N° 510, nota 2. El actual Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, de octubre de 2007, indica en su artículo 16 que: “El médico no debe propiciar o ejecutar tráfico de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, con propósito de lucro u otro beneficio”.

el cuerpo humano es objeto de regulación jurídica, lo es como manifestación de la dignidad humana⁽¹⁵⁰⁾.

- Carácter sacro, la protección dispensada al cuerpo humano ha sido articulada desde una perspectiva de su sacralización, esto es una perfección divina sujeta a valores morales⁽¹⁵¹⁾.
- No es patentable, el cuerpo humano no puede ser limitado por un poder jurídico adquirido por título administrativo. Lo que puede patentarse es el antídoto o medicamento, más no la causa biosomática de la enfermedad⁽¹⁵²⁾, el procedimiento o la técnica utilizada para obtener el resultado, no el hallazgo de un elemento humano o experimento científico realizado sobre este.

El Decreto Legislativo N° 1075 (DOEP, 28/06/2008) nada dice al respecto, a diferencia de sus antecedentes legislativos⁽¹⁵³⁾, sin embargo, tal como lo señala su primera disposición complementaria final, este Decreto Legislativo complementa las disposiciones contenidas en las Decisiones 486 y 632 (Régimen Común sobre Propiedad Industrial) de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, siendo aquellas consideradas ley nacional y de las cuales el artículo 15.b de la primera señala que no se considerarán invenciones “el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural”, no siendo por ello patentables. Si pese a esta prohibición se otorgara una patente, la misma será nula conforme al artículo 75.a de la Decisión 486.

(150) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 506.

(151) *Ibidem*, p. 504.

(152) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho genético: personas y familia”. En: *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, 1ª edición 1995, p. 157.

(153) Ley General de Propiedad Industrial (D.L. N° 26017), indicaba: “Artículo 29.- Son patentables todas las invenciones, salvo las siguientes: (...) c) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (...)”. Por su parte, la Ley de Propiedad Industrial D.Leg. N° 823 mencionaba en su artículo 28 d. que no serían patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

7. DERECHO SOBRE EL CUERPO

Llamado derecho en el cuerpo, también derecho al cuerpo pero esta última denominación tiende a indicar la facultad de aspirar a tener un cuerpo (en todo caso tengo el derecho a tener un cuerpo esbelto, marcado, fibroso).

Se sustenta en el *ius in se ipsum*, derecho sobre sí mismo.

Es el denominado *ius in corpus*, *ius in corpore*, *direito a corpo*, como dirían los brasileros, *in corpus suum potestas*⁽¹⁵⁴⁾, el derecho a tener potestad sobre su propio cuerpo, *potestas in se ipsum*. El hombre como señor de su cuerpo.

El derecho al cuerpo se goza porque **tengo** un cuerpo (objeto) y porque **soy** un cuerpo (sujeto); pero la persona no es únicamente cuerpo, de allí la indicación de Freire que la persona no es ser cuerpo sino tener cuerpo⁽¹⁵⁵⁾.

Para el sujeto es un derecho *ad vitam* que lo acompaña desde la concepción hasta la muerte. Para los familiares es un derecho post mórtem al poder decidir qué hacer con el cadáver. No es un derecho absoluto sino relativo. Existen límites en su uso como es la vida, integridad y salud. Se trata de un derecho limitado por otros, que funcionan de freno, a efecto de no dañarlo.

Este derecho incluye:

- Cuerpo *in toto* o lato sensu, el aspecto total, y;
- Cuerpo *in partibus* o stricto sensu, las partes regenerables o renovables.

Bergoglio y Bertoldi⁽¹⁵⁶⁾ considera que la problemática corporal tiene dos aspectos:

- La protección del cuerpo humano frente a atentados de terceras personas, se tutela a través de la integridad física.
- La protección del cuerpo humano al poder de disposición del propio individuo, a través del derecho de disposición del propio cuerpo.

(154) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 7, Campinas, Bookseller, 2000, p. 38.

(155) FREIRE DE SA, Fátima. Ob. cit., p. 501.

(156) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. Ob. cit., p. 22.

8. DERECHOS DERIVADOS DEL DERECHO DEL CUERPO

El derecho al cuerpo determina la derivación de ciertos derechos:

8.1. Derechos a las partes separadas del cuerpo

Las partes separadas del cuerpo son consideradas cosas (*res*) susceptibles de propiedad por parte de su titular.

Son objetos de derecho, una vez separadas del cuerpo pertenecen a la persona de la cual se la extrajeron, así como los elementos artificiales que la integran (órganos y miembros artificiales, pelucas, prótesis dentarias)⁽¹⁵⁷⁾.

Con la separación, ciertas partes del cuerpo pueden ingresar al comercio jurídico como cosas susceptibles de valoración, inclusive de contratos onerosos (cabellos, uñas) con fines económicos (elaboración de aparatos o adornos)⁽¹⁵⁸⁾.

8.2. Derecho al cadáver

Llamado *Right to corpse, a dead body* - un cuerpo muerto.

La persona exige la fusión de un elemento espiritual y otro corpóreo, la muerte hace cesar esta fusión⁽¹⁵⁹⁾.

El deceso de la persona transforma al cuerpo. De elemento físico se torna en un resto o despojo humano; en un cuerpo inerte, sin vida, en un cadáver, digno de protección y cautela. Y es que el cadáver no deja de ser humano –sigue siéndolo– con dicha calidad mantiene su estatus de beneficiario y mercedor de tutela. La protección de la persona si bien acaba con su muerte, en alguna medida se prolonga al cadáver⁽¹⁶⁰⁾. Es la extensión y trascendencia de la vida que fue.

Sin embargo, ello no le resta la calidad de poder ser usado como producto de donación; luego del fallecimiento puede ser utilizado con fines beneficiosos y benéficos. Este es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos mortales) como en el interés social (fin terapéutico o investigación) lo que en esencia determina las posibilidades altruistas, solidarias, generosas del ser humano en aquello que hace

(157) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 86.

(158) *Ibidem*, p. 88.

(159) DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p. 98.

(160) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., con referencia del pie de página número 132.

digna su existencia⁽¹⁶¹⁾. Cuando nos referimos al fin terapéutico estamos hablando que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, incluso crear una nueva vida como es el caso de la cesión de gametos post mórtem (técnica de reproducción con fines asistidos no naturales).

Las normas religiosas y morales representan la principal fuente de respeto y veneración que se dispensan a los despojos humanos⁽¹⁶²⁾.

8.2.1. Facultades

El derecho al cadáver es un correlato del derecho al cuerpo⁽¹⁶³⁾ y representa la facultad que se tiene al cuerpo sin vida fijando el destino del mismo.

Existen corrientes, como la expuesta por Castán y Tobeñas⁽¹⁶⁴⁾, que consideran que los límites impuestos a la disposición concedida por el derecho consuetudinario a los particulares no autoriza la admisión de un derecho subjetivo al cuerpo o sobre el cuerpo.

Este derecho puede ser ejercido:

- Por la propia persona.
- Por los familiares:
 - Disponer del cuerpo a solicitud del pedido del titular.
 - Disponer libremente del cadáver.
- Por el Estado.

8.2.1.1. Derecho de ocisión personal

Es el ejercido por la propia persona quien en vida dispone el destino post mórtem de su cuerpo. Como dice Cifuentes, es un derecho personalísimo sobre cosa futura con respecto del propio cadáver⁽¹⁶⁵⁾.

(161) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 7ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 1996.

(162) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., con referencia del pie de página número 133.

(163) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 91.

(164) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 407.

(165) *Ibidem*, p. 414.

8.2.1.2. Derecho de occisión familiar

Es el ejercido por los familiares, tiene como amparo en el artículo 13 del Código “A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”.

Puede darse en los siguientes casos:

- Respetando y cumpliendo lo dispuesto en vida por la persona respecto del destino post mórtem de su cuerpo (forma y lugar de exequias –sepultura, cremación, destino de las cenizas–, epitafio, recordaciones, misas). Es una obligación de los familiares de cumplir lo mandado en su momento por el finado el legítimo ejercicio de su *ius eligendi sepulchri*⁽¹⁶⁶⁾. Permitir que descansa en paz en su última morada, muchas veces el cementerio⁽¹⁶⁷⁾, un derecho legítimo del difunto.
- A falta de voluntad en vida, decidir el destino del cadáver. Este supuesto está en perfecta concordancia con la LGS (art. 8 *in fine*) en el sentido que, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad (derecho de los familiares a disponer el cadáver de su difunto). El Reglamento de la Ley de Trasplantes⁽¹⁶⁸⁾ indica que en caso de muerte, natural o accidental, y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido la autorización podrá ser otorgada en forma excluyente, y en el siguiente orden, por: a) El o la cónyuge, b) descendientes mayores de edad, c) ascendientes, d) hermanos.

Téngase en cuenta que si bien la norma no se refiere de forma al conviviente por interpretación extensiva y habiéndose reconocido derechos patrimoniales, sucesorales a la unión estable conforme a la L. 30007, resulta lógico que deba estar facultado para autorizar la disposición cadaavérica de su conviviente premuerto⁽¹⁶⁹⁾.

(166) Los egipcios morosos no podían ser enterrados hasta que la familia saldara todas sus deudas.

(167) La última morada del cadáver es el cementerio, en la mayoría de casos, voz que proviene del término griego *koimetirion* que significa dormitorio, lugar donde se descansa.

(168) D.S. N° 014-2005-SA (DOEP, 27/05/2005).

(169) VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”. Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho. En: *La Ley*. Año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013, p. 5.

8.2.1.3. Derecho de ocisión social

Llamado derecho a determinar la destinación del cadáver⁽¹⁷⁰⁾.

Es el caso de los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver, regulado en el artículo 10 de Código, y está representado por los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver.

Se plantean dos hipótesis legales claramente diferenciadas:

a) Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos

La persona que no dispuso en vida del destino su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo⁽¹⁷¹⁾, abre la posibilidad que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, previo el consentimiento de sus familiares.

Téngase presente que la facultad de disposición conferida es parcial, no total, pues se entiende que habría que dejar “algo” del cadáver para darle cristiana sepultura (piadosa costumbre⁽¹⁷²⁾), lo cual es un derecho propio de la persona: el *jus sepulchri*. Este consiste en el derecho a ser sepultado⁽¹⁷³⁾ y el derecho a mantenerse sepultado (ambos derechos del cadáver tienen que efectivizarse por sus familiares como la obligación de sepultar). Para algunos como autores brasileños, más que de obligación se refieren a un derecho, como Farias Da Silva⁽¹⁷⁴⁾ quien utiliza la terminología derecho a sepultar. También, Garbazo y Mendes De Almeida⁽¹⁷⁵⁾ utilizan expresión semejante: *direito de inumar e vir a ser inhumado*. La Constitución peruana del 79 consagraba en su artículo 11 que: “La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos”.

El consentimiento dado en vida por el fallecido, así como la *pietas* familiar para la disposición cadavérica no siempre son tomados en cuenta,

(170) BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. T. I, vol. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*. Universidad Externado de Colombia, 1992.

(171) RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código civil*, XII, *El ser humano como persona natural*. PUCP, 1992.

(172) Canon 1176 § 3, Código de Derecho Canónico.

(173) Los egipcios morosos no podían ser enterrados hasta que la familia saldara todas sus deudas.

(174) FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerario*. T II, Método, São Paulo, 2000.

(175) MENDES DE ALMEIDA, Fernando Enrique. *Revista dos Tribunais*, 253/22.

prevaleciendo el interés de la colectividad, lo que implica una limitación al derecho subjetivo personal y familiar pertinente. Téngase en cuenta que las intervenciones comúnmente realizadas “clandestinamente” en cadáveres humanos no pueden justificarse sin más invocando el derecho a no saber de los muertos⁽¹⁷⁶⁾.

Es así que, en determinados casos la ley permite al profesional de salud la libre disposición cadavérica y estas excepciones se indican en la LGS (art. 110) y son: en las necropsias de ley, embalsamamiento o cremación del cadáver y en los casos de accidentes en que la muerte se produce en un centro asistencial (art. 8 de la Ley N° 23415 modificado por la Ley N° 24703 ley de la materia), siempre que los restos no sean reclamados por los familiares o se cuente con autorización de estas. El Reglamento de la ley de Trasplantes, con similar criterio, que se presume la voluntad presunta por: Muerte accidental en los que deba aplicarse la necropsia (R, art. 6) y en casos de embalsamamiento o incineración (art. 10).

Estas situaciones están subsumidas dentro de la denominada **tesis de la nacionalización o socialización del cadáver**, mediante la cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas. El Código Civil de Québec, en su capítulo IV del “Respeto al cuerpo después de muerto”, establece una facultad mayor al indicar que no se requiere el consentimiento dado en vida, ni el de la persona que internó al difunto si por informe escrito de dos médicos se establece la imposibilidad de obtener el consentimiento en el tiempo oportuno por la urgencia de la operación y por la esperanza de salvar o curar una vida humana (art. 44). La naturaleza jurídica de esta facultad sui generis, tan discutida en la doctrina nacional y comparada⁽¹⁷⁷⁾, es que se trata de un derecho social sustentado en la primacía de la vida humana, justificándose la ablación como una forma de rescate de una vida y que también ante la carestía de órganos solo puede ser salvada por medio de un trasplante⁽¹⁷⁸⁾.

Como puede apreciarse la LGS ha derogado tácitamente al Código civil, pues fija el interés social por encima del principio de primacía de la

(176) TAUPITZ, Jochen. “El Derecho a no saber en la legislación alemana (Parte II)”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Universidad de Deusto, N° 8, enero-junio, España, 1998, p. 105.

(177) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.

(178) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

voluntad del causante y del derecho de disposición de los familiares sobre el cadáver de su difunto.

Sobre el tema, se han presentado casos discutibles como es aquel sucedido en Londres. Ahí la Comisión Ministerial, presidida por el doctor Jeremy Matters, Inspector Real de Anatomía, concluyó que entre 1970 y 1999 unos 24,000 cerebros fueron retenidos después de las respectivas autopsias. Según informe, no está claro cuántos de estos fueron extraídos con permiso de las familias. La ley en el Reino Unido no prohíbe expresamente este tipo de prácticas, por lo cual el Ministerio de Sanidad volvió a prometer una enmienda en la Ley de Tejidos Humanos (“El gobierno británico cambiará la ley tras el escándalo del robo de cerebros”. En: ABC, 13 mayo 2003).

b) Utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social

El destino legal de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso la ley hace bien en considerar esta utilización especial que, en cierta manera, frena el tráfico de restos humanos. Se entiende que el cadáver no reclamado se rige por las disposiciones de la *res nullius* o *res derelicta* de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado sin indemnización para sus parientes⁽¹⁷⁹⁾.

El artículo 10 del Código concuerda con el Reglamento de servicios de necropsias (D. S. N° 003-69-PM), la Ley de Cementerios y servicios funerarios (Ley N° 26298, art. 27) y su reglamento (D. S. N° 03-94-SA) pero, fundamentalmente, con la LGS (art. 114) en el sentido que los cadáveres no identificados o reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue podrán ser dedicados a fines de estudio o investigación científica. El Reglamento de la Ley de Trasplantes indica que en personas con diagnóstico de muerte encefálica el director del establecimiento de salud podrá autorizar, luego de 48 horas de suscrita el acta de comprobación de muerte encefálica, la extracción de órganos y tejidos en los siguientes casos: a) Personas no identificadas y, b) Personas

(179) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”. En: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de cultura económica, México, 1999.

identificadas en situación de abandono, sin voluntad expresa para la donación en su documento de identidad (art. 15).

Pero es de aclararse que la consagración del cadáver a objetivos científicos o humanitarios es una facultad exclusiva de la propia persona y, excepcionalmente, de la autoridad pública⁽¹⁸⁰⁾. De esta manera, nuestro ordenamiento hace bien en señalar que esta disposición cadavérica especial se aplicará de forma exclusiva en cadáveres no identificados o abandonados.

Indiscutiblemente, este destino investigativo y pedagógico permite el desarrollo de cirugía sustitutiva aplicada en el hombre, surgiendo nuevas alternativas como son los microtrasplantes (células, genes, secuencias de ADN), xenotrasplantes (elementos biológicos de animales), así como la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (*ciborgs* o *bionics*), órganos artificiales, a la medida, a pedido del paciente (se dice que el primer órgano creado fue la vesícula). Así también, la medicina regenerativa viene progresando a través del estudio de tejidos post mórtem, tal es el caso de las investigaciones sobre el cerebro de cadáveres humanos que se presenta actualmente como una fuente alternativa para obtener células madres (*Stem cells*) de neuronas con fines terapéuticos; esta técnica se presenta como una alternativa con menos problemas bioéticos (<www.abc.es>, 03/05/2001) a diferencia de la utilización de fetos o embriones inviables en este tipo de investigaciones. A través de la investigación cadavérica se busca la resurrección (Derecho a revivir o a sobrevivir) o la prolongación de la vida (Derecho a la eternidad) los que, mañana más tarde, pueden ser reconocidos como derechos de la persona.

Es mencionar que los fines de interés social de la disposición cadavérica deben estar acorde con el orden público y las buenas costumbres, de allí que embalsamar un cadáver para ser exhibido en un museo por poseer alguna característica corporal especial es discutible⁽¹⁸¹⁾, no así el hecho de obtener un molde de la estructura corporal para hacer una réplica de yeso, como el caso de los siameses Eng y Chiang, 1811, oriundos Siam.

Situación disímil la tendríamos en la exhibición de momias contemporáneas con fines pedagógicos como aquellas obtenidas a través de las modernas técnicas de Preservación por polímeros, realizadas por el

(180) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

(181) SAGARNA, Fernando. *Los trasplantes de órganos en el Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1996.

Dr. Roy Glover en *Bodies - The Exhibition*, o la del artista plástico y médico Gunther Von Hagens a través de su técnica de Plastinación en *Body Worlds - The Original Exhibitions of Real Human Bodies*. A estas técnicas se suman los procesos de criogenia y vitrificación de cadáveres.

Las prohibiciones presentadas de forma expresa en la jurisprudencia comparada son, por ejemplo, la utilización de cadáveres en la realización de pruebas de los mecanismos de seguridad vehicular en casos de accidente o para la comprobación de los efectos de las balas de nuevas armas⁽¹⁸²⁾.

El derecho de occisión social se sustenta en la tesis de que el cadáver, como bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada, por el contrario está afecto a las normas sanitarias que de por sí son de orden público y su destino, en este caso, lo establece la ley⁽¹⁸³⁾, debiéndose tener presente que la utilización de los cadáveres para estos fines deberá respetar los derechos fundamentales y los postulados bioéticos de las investigaciones científicas.

A todo lo expuesto, y siendo el cadáver un bien perfectamente aprovechable incluso en sus productos de desecho (pelo, uñas y placenta), existen determinados elementos como el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos que actualmente no tienen la calidad jurídica de productos de desecho, requiriéndose para estos efectos una regulación especial.

Dada su naturaleza jurídica especial no se encuentran dentro del ámbito de este dispositivo:

- Los anencéfalos, las células, tejidos u órganos pues son bienes jurídicamente protegidos y,
- Las momias históricas, esqueletos, cráneos, huesos sueltos, restos humanos antiguos y otros de orden arqueológico al tener la naturaleza de patrimonio cultural. En estos caso, como cita Cifuentes⁽¹⁸⁴⁾, la naturaleza del cadáver da un vuelco en la medida que la independencia total con la persona del finado, la ausencia de identificación y la pérdida de memoria (olvido total de vínculos aproximativos) –que colocan al cadáver en la esfera *extra commercium*– sede, admitiéndose,

(182) ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

(183) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 7ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 1996.

(184) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 416.

en estos casos, el negocio con contraprestación económica, su venta, al no haber memoria que guardar adquiere una condición dominical, mobiliaria, diversa de origen.

II. ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

1. GENERALIDADES

El hombre dispone a diario de su cuerpo⁽¹⁸⁵⁾, de forma directa, indirecta, consentida o impuesta. Esta disponibilidad es cada día mayor, trasciende a la persona y se proyecta a la sociedad.

El cuerpo hace externamente a la persona. La delinea y muestra ante los demás.

La persona puede aspirar a un cuerpo mejor o utilizarlo en pro de los demás. Nadie está conforme con su figura, *ut vulgum dicitur*. Asumir que el cuerpo humano es la base fisiológica de la personalidad es reconocer que, aunque el cuerpo como materia biológica sea naturalmente constitutivo de la especie humana, la dignidad corporal que le es atribuida, y que es objeto de tutela, está sustentada en la libertad de la persona⁽¹⁸⁶⁾.

Es la libertad lo que marca el uso y fin del cuerpo. La persona es al cuerpo como este, en su contenido y realización, es a la libertad.

2. ANTECEDENTES

Este derecho, dice la doctrina, surge primariamente en la discusión, en el siglo XIX, de la contraposición de la libertad, dignidad y enfrentamiento con la investigación judicial tomando al cuerpo como un medio de prueba.

Se cita el caso de probar, por *inspectio corporis*, la impotencia del cónyuge para la invalidez del matrimonio. Campogrande y Lasona manifiestan que la *inspectio corporis* es usada para cerciorarse de la realidad y alejar todo posible disimulo y falsedad de los interesados en la invalidez

(185) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 15.

(186) FREIRE DE SA, Fátima: "Cuerpo humano (jurídico)". En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, Director Carlos María Romeo Casabona. Comares, Granada, 2011, p. 504.

del matrimonio por impotencia. Así las cosas, la coacción de la investigación corporal, *i.e.* la obligatoriedad, en estos casos, es perfectamente es lícita, tomando en cuenta que el *ius in se ipsum* del cónyuge pretendido impotente está en oposición al *ius in se ipsum* del otro.

Inicialmente, el *ius in se ipsum* consideró la existencia de un derecho de propiedad sobre el cuerpo, *my body, my property*; sin embargo, como manifiesta Bergoglio y Bertoldi⁽¹⁸⁷⁾, la falta de requisito de apropiabilidad del cuerpo humano determinó el abandono de esta teoría del pleno dominio corporal, arribándose a posiciones transaccionales: ya no propiedad sino simple pertenencia, en todo caso una forma de propiedad connatural; sobre el tema Santo Tomás de Aquino a fin de evitar el poder omnímodo del individuo, pero sin abandonar la relación con los derechos reales, consideró que al hombre le correspondía el usufructo de su cuerpo, reservando a Dios la nuda propiedad.

Normativamente, tiene como antecedente el *Codice*:

Art. 5 Atti di disposizione del proprio corpo

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418).

Como refiere De Cupis⁽¹⁸⁸⁾, el art. 5 del *Codice* se refiere a los:

- Actos con los cuales el sujeto consiente la ofensa que sea producida por un tercero a su integridad física, y;
- Aquellos otros actos por efecto de los cuales esa integridad puede ser afectada directamente por él mismo, ambos se tratan de actos de disposición del cuerpo.

En Brasil:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

(187) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 19, en especial nota 7.

(188) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, São Paulo - Campina, Romana Jurídica, 2004, p. 89.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de trasplante, na forma estabelecida em lei especial.

3. CONCEPTO

Si el cuerpo está relacionado con el sujeto tan íntimamente, cualquier acto que implique su disposición, modificación o exposición exige de lleno la decisión, deseo y voluntad de la persona a la cual identifica⁽¹⁸⁹⁾.

Para Tobías⁽¹⁹⁰⁾ no se trata de un derecho autónomo derivado del derecho a la integridad sino una manifestación particular del derecho a la libertad o autodeterminación.

4. DENOMINACIÓN

- Derecho al cuerpo.
- Derecho sobre el cuerpo.
- Actos de disposición corporal.
- Derecho sobre el propio cuerpo.
- Derecho sobre la propia persona.
- Derecho a disponer del propio cuerpo.
- Actos de disposición sobre el propio cuerpo.

5. DEFINICIÓN

Es el derecho que tiene una persona sobre su cuerpo a efectos de hacer lo que mejor crea conveniente **con o por él mismo**, sea en favor propio o de terceros, *in vivo* o post mórtem.

Como derecho, se basa en una conducta, acción u omisión, a través de la cual el sujeto ejerce su libertad, vincula su voluntad, con su aspecto físico vivencial. Es aquella situación jurídica que tutela la manifestación personal del derecho a la libertad, en el sentido de que el sujeto, como unidad psicosomática, está facultado para disponer de sí mismo (dentro de la

(189) FREIRE DE SA, Fátima. "Cuerpo humano (jurídico)". En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, Director Carlos María Romeo Casabona, Comares, Granada, 2011, p. 502.

(190) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 561.

categoría del ser) y no una entidad diversa a él (el cuerpo entendido equivocadamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener).

Si descomponemos y analizamos individualmente cada término que conforma este derecho tendremos:

- **Acto**, acción u omisión.
- **Libre**, voluntario, autodeterminado, propio, *agere licere*.
- **Disposición**, para el Diccionario de la Real Academia Española⁽¹⁹¹⁾, “Disponer (Del lat. *disponĕre*) (...) 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse”. Disposición implica un dar, hacer o no hacer.
- **Cuerpo humano**, se refiere al objeto de este derecho como son los órganos, tejidos, sustancias, elementos o partes del cuerpo humano.

6. FUNDAMENTO

Este derecho está basado en el *ius in se ipsum*, el derecho sobre sí mismo.

Es la capacidad de deliberar el destino que queremos de nuestro cuerpo, de la esfera corporal, así como la obligación que tienen los demás de respetar este derecho.

La voluntad, deseo, intención de realizar prácticas que expongan la vida en la medida que sean autorizadas por el propio sujeto se sustentan en el principio *volente non fit iniuria*⁽¹⁹²⁾, *i.e.* respecto de aquel que consiente no hay daño per se.

Sin embargo, no existe un dominio, pleno y absoluto, del cuerpo.

7. TITULARES

Es titular de su ejercicio toda persona capaz.

Existe una obvia restricción a los menores de edad. Estos no pueden decidir libremente la realización de estos actos. Sin perjuicio de ello,

(191) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(192) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 154.

las prácticas que se realicen sobre ellos deben ser previamente informadas al menor incapaz.

8. NATURALEZA JURÍDICA

A decir de Bergoglio y Bertoldi⁽¹⁹³⁾, es un derecho personal de carácter especial que trae aparejada la libre disposición de nuestro cuerpo con las restricciones que impongan las leyes, la moral y las buenas costumbres.

Es un derecho de la persona, expreso y típico, auténtico e independiente, sustentado en la libertad y que compromete la vida, integridad y salud (derechos interrelacionados), siendo una forma de exteriorizar estos derechos.

9. CARACTERÍSTICAS

El Código, artículo 6, nos dice:

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

La redacción del artículo 6 del Código es negativa y limitativa, de llano restringe y excluye los actos de disposición corporal, siendo la idea que su redacción se positiva y permisiva *in limine*, tomando en cuenta que:

Los actos de disposición del propio cuerpo son permitidos cuando:

- Salvaguarden la integridad física, o;
- Sean respetuosos del orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, son válidos si su exigencia corresponde:

(193) BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 20.

- A un estado de necesidad de orden médico (curativo) o quirúrgico (interventivo) dirigidos a devolver la salud, liberar el dolor o salvar de la muerte, actos *pro vida*, o;
- Estén inspirados por motivos humanitarios (solidaridad y altruismo) en favor de terceros.

La redacción positiva e inclusiva de este derecho sería algo así como:

Los actos de libre disposición del propio cuerpo son válidos cuando preserven la integridad física y sean acorde con el orden público y las buenas costumbres; asimismo, cuando su exigencia corresponda a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o estén inspirados por motivos humanitarios.

Del texto normativo podemos delimitar las características de este derecho, y son las siguientes:

- Es un derecho de la persona, típico y nominado, consagrado expresamente en:
 - Trasplantes de órganos (art. 6, complementado con los arts. del 7 al 13).
 - Exámenes *et corpore* (art. 11).
 - Contratos sobre el cuerpo humano (art. 12); y,
 - Ejercicio del *ius sepulchri* (art. 13).
- De esencia personal, permite la plena realización del sujeto a través de actos dirigidos:
 - A la persona en sí, actos en pro de sí;
 - En favor de terceros, consagrando su contenido solidario, humanista y altruista, actos en pro de terceros.
- Denota el ejercicio del derecho a la libertad, de la autonomía de la libertad⁽¹⁹⁴⁾, el derecho a la integridad física que es más que nada una libertad, la expresión de un *noli me tangere* fundamental. Los

(194) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 178.

derechos de disposición corporal son manifestaciones particulares del derecho a la libertad⁽¹⁹⁵⁾.

- La libertad se traduce en un consentimiento informado del sujeto. Antes de decidir, de admitir debo conocer, saber, para decidir.
- Comprende y compromete al cuerpo humano; respetándolo y consagrándolo, no pudiendo disminuir la integridad física (límite de carácter especial)⁽¹⁹⁶⁾.
 - No sacrificio de la vida ni disminución del tiempo de vida. A pesar que el derecho a la vida esté al *máximum* resguardado su disposición es admisible, cabe la posibilidad de arriesgarla de forma voluntaria por motivos religiosos, patrióticos e, incluso, a través de contratos perfectamente válidos⁽¹⁹⁷⁾ (corridas de toros, box, automovilismo, actos circenses, varietés) y exigibles, a pesar del riesgo de la vida pero en que las especiales aptitudes desarrolladas por los artistas alejan la posibilidad de un desgraciado suceso⁽¹⁹⁸⁾.
 - No riesgosos para salud, salvo estado de necesidad o motivos humanitarios.
- Lícito, acorde a Derecho, con límites expresos (límite de carácter general)⁽¹⁹⁹⁾, *i.e.* no contrario al:
 - Orden público, o;
 - A las buenas costumbres.

10. CLASES

Los actos de libre disposición del cuerpo humano tienen toda una variedad.

(195) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 526.

(196) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p. 80.

(197) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 177.

(198) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961, p. 123.

(199) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, São Paulo - Campina, Romana Jurídica, 2004, p. 80.

Un acto de libre disposición del cuerpo humano puede ser:

- Natural, una relación sexual.
- Técnico, un trasplante de órgano.

Antiguamente, se clasificaron en:

- Actos personales (eunucos).
- Actos de decisión de terceros (*castrati*).

11. ACTOS ILÍCITOS

No son actos de libre disposición del cuerpo:

- Burries.
- Mutilación.
- Prostitución.
- Exhibicionismo pornográfico.
- Actos infringidos por la propia persona:
 - Autolesión.
 - Automutilación, para eximirse del servicio militar obligatorio, para cobrar un seguro.
 - Autoflagelación, demostración religiosa, prácticas penitenciales, martirios, éxtasis, suplicios.
 - Autoamputación, fobias corporales (autofobias), preocupación constante por algún defecto del cuerpo o por una parte de este (faneromanía).
 - Extirpaciones:
 - √ Uvuloplastia, extirpación de la úvula (campanilla).
 - √ Clitoridectomía, extirpación de clítoris, escisión o circuncisión femenina, conocida como mutilación genital femenina (MGF), ritual en África y Oriente Medio.

- √ Infibulación, extirpación del clítoris y labios mayores y menores, luego cosido de ambos lados de la vulva hasta que quede cerrada, dejando únicamente una abertura para la sangre menstrual y la orina. Se le conoce como circuncisión faraónica.

Estos últimos casos en muchos países son considerados delitos.

12. ACTOS LÍCITOS

Existen determinados actos que a pesar que lesionan el derecho a integridad lo hacen de forma legítima, no siendo tipificados por el Código Penal como delitos. Entre ellos tenemos:

- Trasplantes.
- Circuncisión.
- Esterilización.
- Adecuación del sexo.
- Transfusión de sangre.
- Compraventa de cabello.
- Métodos anticonceptivos.
- Intervenciones quirúrgicas.
- Técnicas de reproducción asistida.
- Métodos de planificación familiar.
- Deportes de riesgo, box, vale todo, automovilismo.
- Prácticas religiosas, rituales, ceremonias de iniciación.
- Trabajos peligrosos (bomberos, mineros, buzos, operarios de explosivos, electricidad, material radioactivo).
- Tatuajes, escarificaciones (tatuajes con cicatrización), *brandig* o marcado al rojo vivo (heridas con fuego) *piercing* (ceja, oreja, labio, pezón, nariz, lengua), cortes (lengua bífida), expansiones o dilataciones (oreja, labio), implantes (*Bagel Head*, en el globo ocular), micro pigmentación (colorear la piel), entrenamiento de la cintura (*tight*

laicing, corseting), *foot binding* estrechamiento de los pies), limado dental y demás actos realizados por los denominados artistas de modificación corporal.

- Convenio de lactancia, es el denominado contrato de nodrizaje - *di baliatico*, las llamadas amas de leche, nodrizas, *wet nursing*, de lo que deriva el parentesco de leche - *milk kiship* y los hermanos de leche, *milk siblings*.

13. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú:
 - Art. 2 inciso 1: “Toda persona tiene derecho (...) A su integridad moral, psíquica y física (...)”.
- Código Civil:
 - Artículo 6, los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia; arts. 7 al 13, trasplantes de órganos;
 - Artículo 11, Exámenes *et corpore*;
 - Artículo 12, Contratos sobre el cuerpo humano y art. 13, Ejercicio del *ius sepulchri*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*. Tomo II, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. T. I, vol. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*. Universidad Externado de Colombia, 1992.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, São Paulo - Campina, Romana Jurídica, 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.
- FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerario*. T. II, Método, São Paulo, 2000.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 7ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 1996.
- FREIRE DE SA, Fátima. “Cuerpo humano (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casbona, Tomo I, Comares, Granada, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”. En: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de cultura económica, México, 1999.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. “Persona (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona. Tomo II, Comares, Granada, 2011.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos. Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas, Madrid, 1987.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- MENDES DE ALMEIDA, Fernando Enrique. *Revista dos Tribunais*. 253/22.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil, XII, El ser humano como persona natural*. PUCP, 1992.
- SAGARNA, Fernando. *Los trasplantes de órganos en el Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- TAUPITZ, Jochen. “El Derecho a no saber en la legislación alemana (Parte II)”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Universidad de Deusto, Nº 8, Bilbao, enero-junio, 1998.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Derecho genético: personas y familia”. En: *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, 1ª edición, 1995.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico*. 2ª edición, Lima, Grijley, 2006.

- VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”. Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho. En: *La Ley*. Año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013.

2 EXÁMENES MÉDICOS

1. GENERALIDADES

En materia del derecho a la integridad, la valoración jurídica de la *inspectio corporis* y su relación con el *ius in se ipsum* ha merecido un tratamiento especial en el sentido de que, al ser el hombre dueño de su cuerpo y ejercer un dominio sobre este, no cabría la ejecución de prácticas o análisis biomédicos que alteren dicho señorío corpóreo, si es que no se cuenta con la autorización personal, libre y expresa del sujeto.

2. BASE LEGAL

Artículo 11.- 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.

La norma contiene los siguientes elementos:

- Contratos sobre el cuerpo humano.
- Disposición de la integridad y salud.
- Obligatoriedad a someterse a examen médico.
- Validez de estipulaciones / cláusulas dirigidas a:
 - Conservación de la salud o aptitud síquica o física.
 - Motivo determinante de la relación contractual.

3. DESARROLLO TEÓRICO

El *ius in se ipsum*, derecho sobre sí mismo o sobre el cuerpo, faculta a la persona a disponer de su propio cuerpo, impidiendo por objeción de conciencia, pudor, prejuicios, sensibilidad o cualquier otra justificación, un menoscabo de su intimidad personal. Por su parte, la *inspectio corporis* es un típico acto de libre disposición del cuerpo humano que lo ejerce la persona con base en el derecho que tiene sobre sí mismo, pero dentro del principio que nadie puede provocarse daño, permitiendo auscultaciones, diagnósticos y tratamientos médicos.

Siendo el cuerpo en su aspecto interno o externo la materia directa de las prácticas médicas (análisis, tratamientos, medidas profilácticas, intervenciones quirúrgicas, exámenes, pericias) toda persona goza de dos facultades que son ejercidas con base en su autodeterminación y libertad.

Estas son:

- La de prohibir (no hacer), rechazar la realización de actos médicos.
- La de permitir (hacer), consentir la realización de actos médicos.

Ambos derechos se derivan del deber de informar al paciente (art. 27, LGS) sobre el acto médico a realizarse de forma que puede hablarse de un derecho a ser informado y, en todo caso “(...) la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral”⁽²⁰⁰⁾.

Dentro de la corriente del *common law* se indica que la *autonomy* o autodeterminación - *right to autonomy and self determination* incluye la decisión de recibir o rechazar algún tratamiento médico siempre que esta decisión se encuentre dentro de los límites de la ley. Este derecho contempla que el paciente autorice a otra persona para tomar las decisiones que sean necesarias si es que el deviene en incapaz, hecho conocido como *health care proxy* o *durable power of attorney for health care*.

(200) GUERRA VAQUERO, Ana Ylenia. “Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, del 28 de marzo, sobre consentimiento informado”. En: *Diario La Ley*. Nº 8140, Sección Tribuna, 3 setiembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, España. La Ley 4839/2013.

3.1. Derecho a rechazar tratamientos o exámenes médicos

Es el denominado derecho a negarse.

La Ley general de la salud establece:

Artículo 4.- Consentimiento. Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

Asimismo, y respecto de la persona con discapacidad, el Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad⁽²⁰¹⁾ indica:

Artículo 7.- Derecho a la vida y la integridad de la persona con discapacidad. Las investigaciones médicas o científicas que involucren a una persona con discapacidad no se podrán llevar a cabo sin el consentimiento previo, libre e informado de esta o de su representante legal, con el objeto de preservar su salud o aptitud psíquica o física, para lo cual deberá cumplirse con las normas emitidas por el sector salud.

Este es el principio básico en materia de disposición negativa del cuerpo humano que trata la norma especial en mención.

Pero el artículo 11 del Código es inconcluso, nada considera en relación de las situaciones en las que una persona puede rehusarse al sometimiento a exámenes médicos. Sin embargo, en la Propuesta ante la Comisión Revisora del Código (1983) incluía un primer párrafo que decía: “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 humana”.

Efectivamente, es un derecho primigenio de la persona rechazar prácticas biomédicas sobre su cuerpo, sean en pro de la salud o de la vida, así como aquellas cuyo fin es el interés de terceros quienes buscan en nuestro soma elementos para probar sus pretensiones (pruebas de paternidad).

Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica, alegando su derecho de no acción a efectos de

(201) D.S. N° 002-2014-MIMP del 8 de abril de 2014.

impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas, sustentando razones de orden público de manera que la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, el consentimiento de la persona se limita. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (examen médico obligatorio –para el trabajo, para el servicio militar obligatorio–, vacunación obligatoria, examen prenupcial, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etílico, etilómetro o bafómetro para medir embriaguez, pruebas alcohométricas, alcoholemia) y, para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del VIH o SIDA). En estos ejemplos queda claro que prima el interés social frente al individual.

3.2. Derecho a someterse a tratamientos o exámenes médicos

Es el denominado derecho a permitir.

Mediante este derecho se permite sobre sí la realización de un acto médico. Es un derecho de acción, de hacer.

La persona puede autorizar tratamientos o exámenes médicos cotidianos, periódicos o habituales a efectos de mantener la continuidad y ejecución del contrato en el que la salud o aptitud síquica o física sea la esencia de la relación contractual. Dentro de este supuesto se encuadran las denominadas actividades deportivas remuneradas o profesionales, los militares, policías, pilotos y demás profesiones en las que el estado sicofísico es fundamental para el cumplimiento de misiones delicadas⁽²⁰²⁾. Es de señalar claramente que los contratos sobre el cuerpo humano serán válidos, siempre que exista el consentimiento de la persona y se respete su trascendencia como ser humano. Se restringe el *ius abutendi* ya que el cuerpo humano, templo de la personalidad, está premunido ontológicamente de dignidad. La persona es, más que propietario, administrador, digamos usufructuario, de su estructura corporal.

Esta norma, además de otorgar una facultad sobre el cuerpo y reconocer la libertad contractual (en qué forma, estilo y contenido puedo contratar), se sustenta en tres principios propios del Derecho médico, a saber:

(202) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 153.

- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico sin su consentimiento (art. 4, LGS),
- Deber de informar al paciente y consentimiento (art. 27, LGS) sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos.
- Derecho al consentimiento informado que le corresponde a toda persona (paciente) sujeta a intervenciones médicas (arts. 4, 5, 15h, LGS).

Una de las maneras mediante las cuales se reconoce la libertad contractual es, justamente, en la facultad que tienen las partes para establecer las condiciones contractuales (libertad contractual). Siguiendo esta fuente, nuestro Código permite considerar estipulaciones, entiéndase pactos o cláusulas contractuales, cuyo contenido sea justamente la forma, tipo y oportunidad en el que deban realizarse determinados actos médicos en la persona del contratante (parte) que presta el servicio (prestador), a efectos de verificar sus cualidades y estándares de rendimiento sicofísico. El resultado del *test* determinará la continuidad del contrato. A estas estipulaciones podríamos llamarlas estipulaciones de sanidad. Es así que, la validez de la relación contractual se sujeta a la facultad física o mental de la prestadora. Sus ineptitudes sobrevinientes, el rendimiento deficiente o la negativa injustificada a someterse al examen médico, convenido para la continuidad de la relación contractual, son causas de resolución del contrato.

Los tipos de contratos pueden ser variados –prestación de servicios o contrato laboral– y son por esencia onerosos, pues existe una prestación (pago) que sigue a la contraprestación (servicio) que, en este caso, se caracteriza por la habilidad, destreza y especiales condiciones física y síquicas del prestador. La licitud de estos contratos es fundamental. No pueden ser contratos si tienen un contenido prohibido (maternidad subrogada) o inmorales (contrato de meretrício). Asimismo, las estipulaciones de sanidad deben ser lícitas. No pueden exceder los límites racionales ni contrariar las características del acto médico (profesionalidad, ejecución regular y licitud).

Los test deben ceñirse a las reglas generales de los chequeos médicos, auscultaciones, pruebas de esfuerzos, exámenes clínicos. Lo contrario implicaría una violación a los derechos de la parte prestataria. En definitiva, el reconocimiento de la validez de tales estipulaciones es una excepción

al derecho a la libertad, intimidad e integridad considerados en el primer apartado que en inicio tenía este artículo⁽²⁰³⁾.

El principio de tutela de la salud de la persona es la norma rectora de este dispositivo, existiendo un cuidado especial de contemporar exigencias tendencialmente contrapuestas, como son la libertad del individuo y la tutela de la vida y la salud pudiéndose inferir una prohibición general de experimentación sobre individuos sanos⁽²⁰⁴⁾. Indiscutiblemente, las estipulaciones sanitarias y en sí el derecho a ser sometido a prácticas médicas, será válido siempre que esté dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres.

Como dice el Código Civil de Québec, todo sujeto con base en su derecho a someterse a exámenes médicos puede permitir la realización de experimentos en él, siempre que no sean desproporcionados (art. 20) ni mucho menos dar lugar a una contraprestación económica, lo que no impide que sea merecedor de una indemnización por la pérdida y molestia sufrida (art. 25). En este sentido, no pueden ser consideradas cláusulas sanitarias las experimentaciones científicas.

Es de tenerse en cuenta que de acuerdo al principio de interpretación sistemática, las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 169, CC), de esta manera las estipulaciones sanitarias deben tener una perfecta relación con el objeto del contrato a efectos de evitar confusiones o malas interpretaciones.

Como ejemplo típico de estipulaciones sanitarias podemos citar la relación laboral de los futbolistas profesionales con sus clubes deportivos (Ley 26566). En este marco contractual son obligaciones especiales de los futbolistas guardar en su vida privada un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional; el incumplimiento de esta obligación generará la resolución del contrato (art. 5, inc. e). Por su parte, la derogada Ley general del deporte (Ley 27159, DOEP, 27/07199) establecía como obligación del deportista calificado el mantener una conducta acorde con la

(203) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 153.

(204) BUSNELLI, Francesco. "Tutela civil de la persona humana". En: *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 51.

moral y las buenas costumbres, evitando la indisciplina y los hábitos reñidos con su preparación integral (art. 5, inc. a). En este orden de ideas, el estado físico de los deportistas es el elemento esencial en su contratación, y ello es confirmado por la normativa dictada en materia de ejercicio del deporte y dirigidas a regular las condiciones de acceso a las varias actividades agonísticas y los controles médicos a los cuales deben someterse los atletas periódicamente⁽²⁰⁵⁾. De esta manera, mediante el llamado contrato deportivo la entidad o club debe prestar asistencia médica completa y, por su parte, el jugador tiene entre sus deberes mantener y perfeccionar sus aptitudes y condiciones sicosomáticas para el desempeño de la actividad, debiendo comunicar a la entidad cualquier circunstancia que afecte su estado de salud. La disminución o pérdida de dichas condiciones por causas imputables a él, constituirá una falta grave a sus obligaciones que implicará la resolución del contrato.

(205) BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. T. I, vol. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 202.

BIBLIOGRAFÍA

- BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. T. I, vol. I, *Normas, sujetos y relación jurídica*. Universidad Externado de Colombia, 1992.
- BUSNELLI, Francesco. “Tutela civil de la persona humana”. En: *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- GUERRA VAQUERO, Ana Ylenia. “Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, del 28 de marzo, sobre consentimiento informado”. En: *Diario La Ley*. N° 8140, Sección Tribuna, 3 de setiembre, 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, España. La Ley 4839/2013.

CONTRATOS SOBRE EL CUERPO HUMANO

1. GENERALIDADES

Espinoza Espinoza⁽²⁰⁶⁾ sostiene con claridad que a pesar de tenerse un derecho a la integridad sobre el propio cuerpo, este se encuentra limitado frente a la seguridad que exige un acto riesgoso, tomando en cuenta que la integridad del ser humano peligra.

Los contratos sobre el propio cuerpo tienen como elementos básico la destreza de la persona, una habilidad innata, desarrollada o adquirida, el dominio de un quehacer que lo haga profesional, perito y experto en ella, siendo la destreza, no lo somático ni físico, lo determinante en la realización de las actividades.

Este tipo de contratos parten del hecho de que una persona comercializa sus habilidades al extremo con tanta libertad y autodeterminación que puede poner en peligro su vida o integridad, todo esto a cambio de una retribución, caso de los toreros, acróbatas, motociclistas, automovilistas, etc., como dice Cifuentes, la vida de un hombre depende de la resistencia de una cuerda, la habilidad de un tirador o las dotes de un domador⁽²⁰⁷⁾.

(206) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012, p. 279.

(207) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 283.

2. BASE LEGAL

Art. 12.- “No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

Este dispositivo tiene una redacción negativa, comienza con un “no”, siendo lo más adecuado una redacción positiva, afirmativa, de permisibilidad. Algo en el siguiente sentido:

Son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, cuando correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

La norma contiene los siguientes elementos:

- Contratos sobre el cuerpo humano.
- Disposición de la vida y la integridad.
- Actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad.
- Exigibilidad de contratos sobre el cuerpo humano cuando correspondan:
 - A su actividad habitual; y
 - Se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

3. DESARROLLO TEÓRICO

Los contratos sobre el cuerpo son los llamados convenios *et corporis*.

Estos deben contener elementos de seguridad para el ejecutor de la prestación quien, poniendo en riesgo su vida e integridad, cuenta con el derecho de exigir medidas de protección y seguridad para paliar una eventualidad, situación ante la cual el acreedor está en la obligación de satisfacer las exigencias de seguridad, cumpliéndolas. Así, como dice Fernández

Sessarego⁽²⁰⁸⁾, la norma reconoce como fundamento la protección jurídica de la vida y de la integridad sicofísica de la persona.

Con este marco de presentación, es viable que la vida o integridad sicofísica, incluyendo la salud, pueden ponerse en juego y con ello obtener un beneficio económico lo cual se da, esencialmente, con los actos deportivos, trabajos de riesgo y actividades extremas, en los que el *expertise* del sujeto es lo que marca su diferencia frente a los demás, sacando provecho de ella a través de relaciones contractuales. Como dice Cifuentes “prevalce aquí el papel del dinero, pues se desarrolla una actividad remunerada o empresarial con fines de lucro. A mayor peligro, cercanía de la muerte, suele elevarse la tarifa que pagan los espectadores, los que gozan con la demostración de audacia y valor”⁽²⁰⁹⁾. Es el precio que se paga por el desfogue del tánatos, la cercanía de la muerte, su desafío, siendo reconocido como un placer que se le ha dado el rostro de negocio con muchos actos circenses y espectáculos de riesgo. La licitud de los actos, en todo caso su no prohibición, está en el hecho de que la participación de algunas personas en este tipo de espectáculos podría servir de catarsis en relación a los instintos tanáticos que se anidan en la sique de la persona, como afirma Fernández Sessarego⁽²¹⁰⁾.

Para poder tratar económicamente al cuerpo humano debe partirse de la premisa de que el cuerpo está fuera del comercio de los hombres. Si bien el cuerpo y sus partes son elementos instrumentales de la existencia no pueden ser materia de trascendencia económica; sin embargo, puede negociarse con situaciones especiales, como la experiencia, resistencia, fortaleza, habilidad, dominio que tenga un sujeto, siempre y cuando sea parte de la rutina, profesión, oficio o actividad y, por lo demás y más importante, que se tomen las medidas de seguridad correspondientes.

Exigibilidad de la obligación asumida

Precisa Beltrán Pacheco⁽²¹¹⁾, que si bien la norma está consagrada en el Libro de Personas su análisis no puede ser ajeno en el contexto de las reglas del Libro de Obligaciones (Libro VI) y Fuentes de las obligaciones (Libro

(208) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 155.

(209) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 283.

(210) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa. Lima, 2012, p. 156.

(211) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Contratos peligrosos para la vida o la integridad física”. En: *Código civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 117.

VII). Realizar un análisis liminar en el contexto solo de la persona resulta limitado, debiendo ser total y en el contexto del Derecho Civil integrado.

De la mano con este planteamiento, Espinoza Espinoza⁽²¹²⁾ considera que el artículo 12 debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 1219 que faculta al acreedor, a efectos del cumplimiento de su obligación, a emplear las medidas legales con la finalidad de que el deudor cumpla aquello a lo que se obligó (inc. 1); incluso, conforme el art. 1150, el acreedor puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido, valiéndose de la violencia contra la persona del deudor (inc. 1); que sea ejecutada por un tercero a cuenta del deudor (inc. 2) o, dejar sin efecto la obligación (inc. 3); supuestos estos en lo que cabe, además, exigir el pago de una reparación (art. 1152).

Queda, por demás claro que es obligación del deudor cumplir lo ofrecido, honrar su palabra, pero pueden presentarse casos en los que pueda eximirse de su cumplimiento por imposibilidad ajena a él (sin culpa o falta imputable), consagrándose el principio que nadie está obligado a lo imposible - *Ad impossibilia nemo tenetur*, consagrado en el artículo 1403; “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles”. Sobre el particular, Vidal Ramírez⁽²¹³⁾ manifiesta que la obligación debe ser lícita; *i.e.* ser conforme con el ordenamiento legal, así el contrato no puede contravenir el ordenamiento jurídico; esta conformidad lleva a que el contrato no sea contrario al orden público o a las buenas costumbres y que su contenido normativo no contravenga normas imperativas.

La prestación asumida por el deudor debe estar en perfecta relación con la posibilidad de su cumplimiento, no puede ser ajena a la voluntad ni inalcanzable al mismo, además de ser acorde con la norma jurídica.

Es decir se plantea desde el siguiente contenido:

- Facultades del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, arts. 1219, 1150, 1152.
- Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación, art. 1403.

(212) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012, pp. 280 y 281.

(213) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación”. En: *Código Civil comentado*, Tomo VII, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 304.

Así también pueden pactarse obligaciones de no hacer, por parte del deudor que el acreedor no podrá exigir su cumplimiento a pesar de ser habilidades propias del prestador (se dice que cuando Ozzy Osbourne se presentó en *Rock in Río* firmó un acuerdo en el que no podía comerse ningún animal).

Contrato ineficaz o nulo

Para que el convenio *et corpore* surta efectos debe cumplirse con las exigencias de la norma. Estas no pueden ser rebasadas ni contrariadas al ser de orden público y, además, porque la propia esencia y naturaleza jurídica del cuerpo humano así lo exige.

Ineficaz

Beltrán Pacheco⁽²¹⁴⁾ sostiene que si el acuerdo es celebrado considerando que uno de los sujetos ejecutará una conducta que lleve consigo un riesgo a su integridad física o a su vida, no habiéndose tomado en cuenta las medidas de seguridad y sin ser una actividad habitual, no existirá libertad de autorregulación (libertad contractual) por contravenir la ley (art.6 del Código), el orden público y las buenas costumbres; además, al no tener contenido patrimonial el objeto del contrato, al no ser –además– objeto de intercambio económico por afectar normas de orden público, dicho acto jurídico resulta ineficaz, no surgiendo relación obligatoria alguna, convirtiéndolo en un contrato inexigible.

Nulo

Cifuentes, por su lado, considera que quien carezca de habilidad profesional no está en condiciones de obligarse y el contrato sería nulo pues “se estaría ante un objeto prohibido por imposible y por violación de las buenas costumbres y de la moral. Sería alentarse el abuso a sí mismo, de la propia vida. Abusar del derecho de vivir. Exponer el bien personalísimo sin cautela ni orden. Algo así como acercarse a la legitimidad del suicidio”⁽²¹⁵⁾.

(214) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Contratos peligrosos para la vida o la integridad física”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 119.

(215) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 286.

Elementos de eficacia del convenio

Para Cifuentes “la única condición legitimante es la citada idoneidad del agente que lo escuda, o bien, que haya medios de seguridad (p.ej., lonas y redes de circo), o se trate de medios de subsistencia no peligrosos (fieras a amaestradas frente al domado)”⁽²¹⁶⁾.

Habitualidad y seguridad son dos de los elementos que permiten la eficacia de los contratos sobre el cuerpo humano.

- **Habilidad**, de manera tal que el “acto es solo inatacable y permitido si el protagonista reviste una reconocida aptitud para vencer el peligro”⁽²¹⁷⁾.
- **Seguridad**, con la finalidad de minimizar el riesgo, evitar lesiones graves o, en su caso, salvar la vida frente a un probable accidente. Una red para los trapecistas, fieras amansadas para los domadores, arneses para los escaladores, etc.

Beltrán Pacheco⁽²¹⁸⁾ considera que habiéndose adoptado las medidas de previsión o de seguridad necesarias para evitar el perjuicio a la integridad física o vida del sujeto contratante, y al ser su actividad habitual, puede concluirse que el acto es eficaz y por lo tanto exigible la obligación que resulta del contrato.

(216) *Ibíd*em, p. 285.

(217) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 285.

(218) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Contratos peligrosos para la vida o la integridad física”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 120.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Contratos peligrosos para la vida o la integridad física”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, mayo 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación”. En: *Código Civil comentado*. Tomo VII, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

SUBCAPÍTULO TERCERO

DERECHO A LA LIBERTAD

SUMARIO: I. DERECHO A LA LIBERTAD. 1. Generalidades. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Fundamento. 7. Titulares. 7.1. Concebido. 7.2. Persona natural. 7.3. Persona jurídica y ente no personificado. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Libertad como derecho. 8.2. Libertad como principio. 9. Características. 10. Clases. 11. Actos ilícitos. 12. Actos lícitos. 13. Base legal. 14. Actos pro libertad. 14.1. Indulto. 14.2. Amnistía. 14.3. Hábeas corpus. 14.4. Derecho de gracia. 14.5. Conmutación de la pena. 15. Igualdad. 15.1. Concepto. 15.2. Igualdad e inclusión. 15.3. Distinción y discriminación. 15.4. Base legal. **II. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** 1. Antecedentes. 2. Tratamiento legal. 2.1. Derecho comparado. 2.2. Derecho local. 2.2.1. Constitución. 2.2.2. Código Civil. 2.2.3. Otras normas. 3. Delimitación. 4. Casuística. 5. Límites de la libertad. 6. La coacción. Un delito contra la libertad. 6.1. Estructura del tipo penal. 6.1.1. Bien jurídico protegido. 6.1.2. Conducta típica. 6.1.3. Sujetos. 6.1.4. Tipicidad subjetiva. 6.1.5. Relación de causalidad. 6.1.6. Consumación. 6.1.7. Penalidad. 6.2. Características. 6.3. Semejanzas y diferencias con otras figuras delictivas. 7. Ámbito de aplicación. Del principio de libertad al principio de vinculación positiva de la Administración Pública. 8. Terminando la reflexión.

I. DERECHO A LA LIBERTAD

1. GENERALIDADES

El ser humano es digno, por lo tanto, libre. Es merecedor y así autodeterminativo.

Vida y libertad son expresiones extraordinarias de la dignidad. Vida como expresión biológica y libertad como expresión potencial de la existencia humana son **valores** que orientan el principio de dignidad. Hablar de dignidad es hablar de vida y libertad⁽²¹⁹⁾, siendo estos dos últimos los dos derechos más representativos del hombre.

El hombre es un ser que tiene fines propios, que constituye un fin en sí mismo, que se realiza por decisión propia: **es libre y como tal debe ser responsable.**

La libertad es uno de los derechos más preciados del ser humano en todos los tiempos, sin libertad el hombre deja de ser hombre para convertirse en un animal⁽²²⁰⁾.

2. ETIMOLOGÍA

Del latín *libertas*, *-ātis*.

De allí deriva *libertatem*, acusativo para “*libertas*” y esta del adjetivo *liber* (fem. *libera* neut. *Liberum*).

(219) NERY DE ANDRADE, Rosa María. *Noções preliminares de Directo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.114.

(220) CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derechos de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Gaviota del Sur, Sucre, 2010, p. 43.

En otras lenguas se cuenta con la misma raíz: fr. *liberté*, it. *libertà*, ing. *liberty*.

3. CONCEPTO

Todo hombre es libre. Esencialmente libre en cuerpo, historia y determinación.

Decía Sartre, a suerte de paradoja u oxímoron, que el hombre está condenado a ser libre.

La libertad es al hombre como la luz es al sol. Una tiene que ver con el otro. Emanan de él y son fatalmente inseparables. La libertad hace al hombre, es lo que nos diferencia de los seres vivos. Es un valor, un atributo inherente del sujeto. Constituye, desde el punto de vista práctico, un derecho básico para la realización de la persona y, también, el valor fundamental que orienta al Estado de Derecho. Se extiende a todo el campo de lo permitido como aquel derecho de actuar, querer, pensar y sentir conforme las normas mandan. Lord Acton, historiador inglés, nos decía “La libertad no es el poder de hacer lo que queremos, sino el derecho de ser capaces de hacer lo que debemos”.

Debemos asimilar la libertad como una facultad que tiene el hombre para elegir su actuar de acuerdo a posibilidades, por ende, es un valor de estima para evaluar los mandatos de ley en la determinación de la conducta del hombre.

La libertad es el “ser” del hombre. Lo hace espiritual permitiéndole vivenciar valores y decidir su proyecto de vida, su destino y futuro. La esencia del hombre es la libertad, su situación ontológica: “El hombre es libertad que se proyecta. Libertad irrenunciable, constitutiva (...) no tiene o deja de tener libertad sino que **el hombre es libertad** (...) albedrío”⁽²²¹⁾. El hombre es lo que es porque es libre; obra por reflexión o elección; piensa, evalúa, decide. Más allá de todo lo que representa la persona, la libertad es connatural a ella, parte sí, siendo impensable su renuncia. “La libertad no puede desligarse de la vida misma, desde que esta es **la vida en libertad**”⁽²²²⁾. Como sentenció Rousseau: “Renunciar a nuestra libertad es

(221) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. Librería Studium, Lima, 1987, p. 59.

(222) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 1ª edición, Gaceta Jurídica,

renunciar a nuestra calidad de hombres, y con esto a todos los deberes de la humanidad”.

Como facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita, la libertad es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones⁽²²³⁾. En mayor rigor, es el principio rector en la historia de la humanidad que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social⁽²²⁴⁾. La persona progresa, se desarrolla, avanza y crece –espiritual e intelectualmente– cuando goza y hace uso de manera apropiada de su libertad. Esta no solo constituye un derecho sino un **don**, una **virtud**, más específicamente un **valor** personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. La libertad no resulta ser una mera facultad, una propiedad de la que el hombre pueda disponer o no. La libertad le ha sido impuesta al hombre como “su responsabilidad”⁽²²⁵⁾, un compromiso por su propia esencia. Nada más cierto que eso, y es que la libertad es un valor importante y trascendente para el continuo desarrollo de las sociedades.

Para León Duguit “el hombre no tiene el derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social. Nadie puede oponerse a los actos que ejecuta con este propósito, a condición, bien entendido, de que esos actos no tengan como resultado atentar a la libertad de otro. El Estado no puede hacer nada que limite la actividad del hombre ejercida en vista de ese fin; debe proteger todos los actos que tiendan a este fin y reprimir y castigar todos aquellos que le sean contrarios”⁽²²⁶⁾. Como concepto general, la libertad es aquella facultad del sujeto para realizar sus deseos, hacer lo que ambiciona siempre que no dañe ni perjudique al resto. Nos permite la posibilidad de elegir nuestros actos y quehaceres sin restricción o sometimiento alguno partiendo de la premisa que **nuestros derechos terminan donde comienzan los derechos de los demás** o, como diría Alzamora Silva, “la

Lima, 2005, p. 30.

(223) BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Río de Janeiro, 2003, p. 105.

(224) FERRERO, Raúl. *Trabajos de Derecho constitucional. La Constitución mediatizada*. Grijley, Lima, 1999, p. 35.

(225) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. Ob. cit., p. 31.

(226) DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 186.

libertad de cada individuo está limitada por el derecho a la libertad de los demás, y cada individuo acepta espontáneamente limitar su libertad para que coexista al lado de la libertad de los demás⁽²²⁷⁾, es lo que se conoce como el deber jurídico que, como sostiene Escobar⁽²²⁸⁾, fija el alcance de la libertad personal.

En razón de la libertad y su ejercicio De Cupis⁽²²⁹⁾ hace una clara distinción entre las conductas internas y las conductas externas siendo estas últimas las que interesan al Derecho, pero no toda conducta externa puede tener trascendencia jurídica. Las acciones externas –dice– están “normalmente” comprendidas en la esfera de la competencia del Derecho, aclarando que se dan situaciones excluidas de esta área en las que se debe actuar con cautela (cita los casos de la no prohibición del suicidio y de la autolesión), razón por la cual resulta pertinente distar entre lo volitivo y actuante en el hombre.

Es así que, no obstante su unidad, cuando nos referimos a la libertad debe considerarse una doble vertiente: La ontológica y la fenoménica⁽²³⁰⁾.

- **Libertad ontológica** es el ser mismo del hombre, la facultad de decidir, y;
- **Libertad fenoménica** es la puesta en práctica de la libertad ontológica, la proyección social de la libertad, básicamente la realización de su proyecto de vida.

La primera no es un derecho es un valor, de modo que es absoluta e innata en el hombre, no hay forma de limitarla; la segunda, supone la existencia de un derecho –en sí– que protege su ejercicio, es la forma de limitar el proyecto de vida transformándolo en actitudes, lo que sí puede ser circunscrito sea jurídicamente, sea de facto o frustrado por un daño. El derecho lo que protege y faculta, restringe o prohíbe es el “ejercicio” de la libertad; en otras palabras limita la **libertad fenoménica**, el cumplimiento de una decisión libre de la vida real. Con este pensamiento y bajo el mismo norte la libertad ha de ser entendida en su contenido jurídico.

(227) ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Estudios constitucionales*. 2ª edición revisada y con nuevo título, Grijley, Lima, 2004, p. 93.

(228) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del Derecho Civil*. ARA editores, Lima, 2002, p. 22.

(229) DE CUPIS, Adriano. *Os directos da personalidade*, traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, 1ª edición, Campinas SP, Romana jurídica, 2004, pp. 106 y 107.

(230) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. Ob. cit., pp. 31 a 35.

A propósito Fernández Sessarego conduce con claridad esta doble vertiente concretando que: “La protección jurídica de la libertad en cuanto ‘proyecto de vida’ representa la tutela de la libertad fenoménica, aquella que se exterioriza a través de actos, conductas, comportamientos. En esta instancia de la libertad lo que se protege es la libertad hecha acto o conducta intersubjetiva en cuanto concreción de una decisión subjetiva. En otros términos, proteger la libertad fenoménica significa la protección del ‘proyecto de vida’ o libertad actuante, presente en el mundo. La importancia de la protección jurídica del ‘proyecto de vida’ radica en que en él se juega nada menos que el destino de la persona, de cada persona. Es decir, lo que la persona decidió hacer en y con su vida”⁽²³¹⁾.

En definitiva podemos decir que la libertad es el engranaje básico que echa a andar el motor del acto jurídico. Se expresa en la voluntad y esta en la manifestación, que no es otra cosa que la decisión en el actuar.

Hacer lo que te gusta es libertad. Que te guste lo que haces es felicidad.

4. DENOMINACIÓN

Llamado derecho a la autodeterminación, derecho a la libre decisión.

También se le conoce (mejor dicho se le relaciona) con autonomía privada, autonomía de la voluntad.

La corriente indeterminista, sustentada en el libre albedrío, plantea la capacidad de poder elegir y tomar decisiones propias, la denomina libertarismo. Así, se ha dicho, que la vida puede ser tan deprimente o tan sorprendente tal como ustedes decidan. Libre albedrío, le llaman.

En el Derecho comparado *Freiheit* (Alemania), *libertà* (Italia), *libertè* (Francia), *freedom* (Inglés), y *liberdade* (Portugal).

5. DEFINICIÓN

Doctrina social de la iglesia considera que la “libertad humana consiste fundamentalmente en el dominio de sí –en el libre albedrío– que el

(231) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. Ob. cit., p. 32.

hombre posee para realizar una acción, según decida su voluntad, informada por el conocimiento de la inteligencia, ante el juicio dado por su conciencia”⁽²³²⁾.

Para Espinoza Espinoza⁽²³³⁾ la libertad es la situación jurídica en la que se tutela tanto el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de derecho (libertad entendida en un sentido amplio) como el poder que estos tengan para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (libertad entendida en un sentido restringido). Esta última acepción comprende a la autonomía privada.

Podemos definir la libertad precisando que es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga, añadimos así, que es la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar y decidir sobre su vida, su destino sin transgredir los derechos de los demás, en este sentido, suele ser denominada libertad individual, el concepto moderno incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades. El derecho a la libertad es el valor supremo del ser humano, ya que este es el único animal que la posee y goza de esta posibilidad. La libertad se encuentra encaminada por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

El derecho a la libertad puede concebirse como aquel atributo de la persona a actuar sin restricciones, respetando el derecho de los demás. Está íntimamente ligado al interés social.

6. FUNDAMENTO

Como sostiene Fernández Sessarego “el derecho a la libertad supone la posibilidad de todo ser humano de decidirse por un proyecto de vida dentro del bien común, de realizarse plenamente como hombre”⁽²³⁴⁾. El derecho a la libertad encuentra su fundamento en el valor libertad, para HLA Hart es “el derecho igual de todos los hombres a ser libres”, incluyendo

(232) Catecismo de la Doctrina Social, p. 51.

(233) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 363.

(234) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 36.

la libertad negativa (no ser obstaculizado por otros) y la libertad positiva (facultad de determinar la propia suerte)⁽²³⁵⁾.

El ser humano es el único que es libre. La libertad implica capacidad de actuación jurídica, tan trascendental que solo merece restricciones en aras de una convivencia pacífica, ya que no estamos solos, vivimos en sociedad con otros semejantes que tienen análogos derechos, deberes, obligaciones y facultades que los nuestros. Para muchos, la libertad se encuentra revalorizada frente a otros principios y derechos, considerándose como un elemento fundamental del ser humano.

Debe entenderse como el derecho de la persona a no encontrar obstáculos en su realización como tal⁽²³⁶⁾.

7. TITULARES

Todos los sujetos de derecho son titulares del derecho a la vida, sin excepción alguna.

7.1. Concebido

El concebido es digno desde la concepción.

Libre de ser y de gozar, más de actuar, lo cual realizado por interpósita persona, la madre o el curador *ad ventram*.

7.2. Persona natural

Goza de libertad, de capacidad de actuación en su vida personal, familiar, social, laboral, profesional, etc.

7.3. Persona jurídica y ente no personificado

La persona jurídica como sujeto de derecho independiente goza de la denominada libertad institucional, de capacidad para la celebración de actos que conforman su vida institucional. Consideramos que el hecho de que la persona jurídica sea una entequeia no impide que podamos hablar de libertad referente a esta, en tanto tiene capacidad de actuar como

(235) FERNÁNDEZ, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”. En: *Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría*. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, pp. 558 y 559.

(236) CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derechos de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Gaviota del Sur, Sucre, Bolivia, 2010, p. 43.

sujeto de derecho único, independiente. Tal libertad estará regulada principalmente por la ley, el orden público, las buenas costumbres y las normas estatutarias de la persona jurídica. La libertad de la persona jurídica será el reflejo de la voluntad colectiva de los miembros, la cual será finalmente determinada como voluntad de un sujeto de derecho distinto, la persona jurídica.

La misma lógica se aplica para el ente no personificado.

8. NATURALEZA JURÍDICA

Diversas posiciones jurídicas en Derecho tratan de explicar la esencia de la libertad:

8.1. Libertad como derecho

La libertad es un derecho personalísimo.

El ser humano, como único ser libre, el único que goza de libertad. La libertad como derecho no es absoluto, sino que se encuentra restringido en aras de una convivencia social pacífica.

8.2. Libertad como principio

La libertad es un principio básico que inspira a los ordenamientos jurídicos.

Como principio general del Derecho cumple una función de inspiración para la creación, sistematización, interpretación y adecuada aplicación de normas.

9. CARACTERÍSTICAS

El derecho a la libertad es un derecho fundamental que tiene las siguientes características:

- Es un **derecho extrapatrimonial**, ya que ningún aspecto de este derecho puede ser plasmado económicamente. Se encuentra fuera del comercio de los hombres. Sin embargo, su pérdida puede ser indemnizable.
- Es un **derecho fundante**, esencial, base de otros derechos personalísimos, como la objeción de conciencia. La libertad es característica esencial del hombre.

- Es un **derecho indisponible**, pues no puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito.
- Es un **derecho pluridimensional**, podemos hablar de libertad física, libertad de conciencia, libertad de tránsito, libertad de trabajo, libertad de contratar, libertad sexual, libertad de expresión, etc.
- Es un **derecho relativo**, existen actos legítimos que implican una violación directa como la pena privativa de libertad, la detención, el arraigo, etc.
- Es un derecho que **se extingue con la muerte**. La muerte pone fin a la libertad del ser humano, pues la vida es esencial y básica para el goce y ejercicio de la libertad.

10. CLASES

La libertad es un derecho pluridimensional por antonomasia.

Su tipología es variada, múltiple y compleja.

Entre los diversos tipos tenemos:

- Libertad sexual.
- Libertad de culto.
- Libertad religiosa.
- Libertad de prensa.
- Libertad de cátedra.
- Libertad de trabajo.
- Libertad de tránsito.
- Libertad de opinión.
- Libertad contractual.
- Libertad de industria.
- Libertad de contratar.
- Libertad de comercio.
- Libertad de expresión.
- Libertad de enseñanza.

- Libertad procreacional.
- Libertad de conciencia.
- Libertad de procreación.
- Libertad de sindicalización.
- Libertad de creación intelectual.
- Libertad de elegir el lugar de residencia.

11. ACTOS ILÍCITOS

Existen determinados actos que atentan el derecho a la libertad:

- Leva.
- Chantaje.
- Secuestro.
- Extorción.
- Coacción.
- Violación.
- Seducción.
- Esclavitud.
- Servidumbre.
- Discriminación.
- Trabajos forzados.
- Detención arbitraria.
- Reclutamiento forzoso.
- Segregación racial - *Apartheid*.
- Perturbación de reunión pública.
- Trata de blancas (trata de personas o *human trafficking*).

Los delitos contra la libertad tipificados en el Código Penal son:

Violación de la libertad personal	Coacción Secuestro Trata de personas
Violación de la intimidad	Violación de la intimidad Revelación de la intimidad personal y familiar Uso indebido de archivos computarizados
Violación de domicilio	Violación de domicilio Allanamiento ilegal de domicilio
Violación del secreto de las comunicaciones	Violación de correspondencia Interferencia telefónica Supresión o extravío indebido de correspondencia Publicación indebida de correspondencia
Violación del secreto profesional	Violación del secreto profesional
Violación de la libertad de reunión	Perturbación de reunión pública Prohibición de reunión pública lícita por funcionario público
Violación de la libertad de trabajo	Violación de la libertad de trabajo y asociación
Violación de la libertad de expresión	Violación de la libertad de expresión
Violación de la libertad sexual	Violación sexual Seducción Actos contra el pudor
Proxenetismo	Favorecimiento a la prostitución Proxenetismo Turismo sexual infantil
Ofensas al pudor público	Exhibiciones y publicaciones obscenas Pornografía infantil

12. ACTOS LÍCITOS

Existen determinados actos que a pesar que lesionan el derecho a la libertad lo hacen de forma legítima, no siendo tipificados por el Código Penal, tales como:

- Prisión.
- Arraigo.
- Destierro.
- Detención.
- Toque de queda.
- Pena privativa de libertad.
- Servicio militar obligatorio.
- Regímenes de excepción (estados de emergencia, estado de sitio, toque de queda).

13. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú: art. 2:
 - Inciso 3: “Toda persona tiene derecho (...) A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público (...)”.
 - Inciso 4: “Toda persona tiene derecho (...) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación (...)”.
 - Inciso 24: “Toda persona tiene derecho (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
 - a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
 - b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”.
- Código Civil:
 - Artículo 5.- “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”.
 - Artículo 143.- “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”.

- Artículo 293.- “Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si este lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia”.
- Artículo 295.- “Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento”.
- Artículo 303.- “Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos”.
- Artículo 1354.- “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.
- Código de los Niños y Adolescentes:
 - Artículo II.- “Sujeto de derechos.- El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.
 - Artículo 5.- “A la libertad.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad. Ningún niño o adolescente será detenido o privado de su libertad. Se excluyen los casos de detención por mandato judicial o de flagrante infracción a la ley penal”.
 - Artículo 9.- “A la libertad de opinión.- El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.
 - Artículo 10.- “A la libertad de expresión.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de expresión en sus distintas manifestaciones. El ejercicio de este derecho estará sujeto a las restricciones determinadas por ley”.
 - Artículo 11.- “A la libertad de pensamiento, conciencia y religión.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Se respetará el derecho de

los padres, o de sus responsables, de guiar al niño y al adolescente en el ejercicio de este derecho de acuerdo a su edad y madurez”.

- Artículo 12.- “Al libre tránsito.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de tránsito, con las restricciones y autorizaciones que se señalan en el Libro Tercero de este Código”.
 - Artículo 13.- “A asociarse.- El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad de asociarse con fines lícitos y a reunirse pacíficamente”.
 - Artículo 15.- “A la educación básica.- El Estado garantiza que la educación básica comprenda: (...) b) El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.
 - Artículo 25.- “Ejercicio de los derechos y libertades.- El Estado garantiza el ejercicio de los derechos y libertades del niño y del adolescente consagrados en la ley, mediante la política, las medidas, y las acciones permanentes y sostenidas contempladas en el presente Código”.
- Ley general de salud:
 - Artículo 15. “Toda persona tiene derecho a lo siguiente: 15.1. Acceso a los servicios de salud b) A elegir libremente al médico o el establecimiento de salud según disponibilidad y estructura de este, con excepción de los servicios de emergencia. 15.4 Consentimiento informado a) A otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud (...)”.

14. ACTOS PRO LIBERTAD

En este rubro ubicamos a todos aquellos comportamientos, conductas y actividades destinadas a la protección y garantía de la libertad.

14.1. Indulto

Es una medida de gracia por la que el Presidente de la República perdona, total o parcialmente, a una persona determinada sometida a pena impuesta en sentencia firme.

14.2. Amnistía

El Estado es el único titular del derecho legitimado para castigar y por ello es, también, el que puede ejercitar el derecho de gracia, una de cuyas manifestaciones es la amnistía. Es otorgado por el Poder Legislativo, por regla general se concede con base en motivos políticos, y consiste en un perdón total y absoluto del delito.

14.3. Hábeas corpus

Es el procedimiento destinado a la protección del derecho a la libertad personal, por el que se trata de impedir que la autoridad o alguno de sus agentes pueda prolongar de forma arbitraria la detención o la prisión de un ciudadano.

A través del hábeas corpus, una persona privada de libertad puede obtener su inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, que resolverá acerca de la legalidad o no de la detención.

14.4. Derecho de gracia

Acto por el que se le conceden ciertos beneficios a los condenados.

El derecho de gracia consta en borrar el proceso judicial en curso, ya que este solo se da a las personas procesadas, mas no sentenciadas. La mayoría de veces se da este derecho de gracia por razones humanitarias, lo cual puede ser solicitado por aquellas personas:

- Que padecen enfermedades terminales o irreversibles según su estado.
- Que padecen enfermedades no terminales, pero que por la naturaleza de las condiciones carcelarias, pueden ver en grave riesgo su vida o afectada su integridad o dignidad.
- Afectadas por trastornos mentales crónicos o irreversibles.
- Mayores de 65 años.

14.5. Conmutación de la pena

A partir de una perspectiva legislativa la Resolución Defensorial N° 54-2000-DP, ayuda a esclarecer la naturaleza jurídica de la conmutación de la pena, pues en su contenido se expresa que “la síntesis conceptual de la conmutación supone la variación de la pena impuesta por otra menos rigurosa”.

15. IGUALDAD

15.1. Concepto

Semejanza, similitud e isonomía.

Consustancial al concepto persona es la igualdad⁽²³⁷⁾.

La igualdad es el límite de la libertad. Es el fundamento de que la libertad sea relativa, restringida y tales reservas deben de tener su expresión en la ley, el orden público o las buenas costumbres. La igualdad garantiza el derecho de relación.

El interactuar entre las personas, sus acciones, podemos representarlas como caminos paralelos asfaltados por la libertad pero delineados por la igualdad. Estos senderos no pueden entrecruzarse menos enterverarse, por el contrario deben asumir los lineamientos de la equiparidad entre las personas que se logra con la igualdad.

En términos sencillos igualdad es no distinción. Sin embargo, los hombres no son iguales, son diferentes. Hay elementos físicos, psíquicos y morales que los distinguen. Pero, ante la ley, todos somos iguales (...) iguales en la diferencia. (Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros, George Orwell en su *Rebelión en la granja*). Lograr una igualdad absoluta es difícil por la propia diferencia de las realidades humanas. La ley debe tender a que las relaciones interpersonales sean equitativas, pares, que no desborden; ya decía Honoré de Balzac que “la igualdad tal vez sea un derecho pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho”.

15.2. Igualdad e inclusión

Un sistema democrático, un legítimo Estado de Derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de sus ciudadanos. Libertad implica igualdad y viceversa. Ambas, conjuntamente con la solidaridad, conforman las libertades fundamentales⁽²³⁸⁾ que se encuentran plasmadas en las normas básicas de cada nación.

(237) CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 67.

(238) WEBER, Albretch. “La carta europea de los derechos fundamentales desde la perspectiva comparada”. En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Coordinar Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, p. 741.

Lo paralelo a la igualdad, en la política contemporánea, se denomina inclusión social. La contracara es la exclusión –intolerancia, violencia, inequidad– que implica desigualdad, trato dispar, segregación. Esta última fue legal por muchos años bajo la idea de *Separated but Equal* - Separados pero iguales (1896) sustentado por la Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. que estableció la licitud de la segregación racial siempre que las instalaciones fuesen separadas, pero iguales. El hecho se dio en Luisiana cuyas leyes exigían que hubiese vagones de ferrocarril para afroamericanos y otros blancos. Esta doctrina es desbarata con el caso *Brown v. Board of Education* 1954).

15.3. Distinción y discriminación

La Constitución considera que: “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas” (art. 103). Sin embargo, la ley puede regular de forma especial a unos y no a otros, ello no está prohibido, es lógico que lo haga cuando debe satisfacer intereses especiales. Prohibido es cuando dicha diferencia es denigrante, peyorativa, indignante, vejatoria lo que la transforma en discriminatoria. El trato distintivo es justo en la medida que es **objetivo y razonable**; lo discriminatorio es vedado. La **distinción** es una mera diferenciación acorde con el criterio de justicia. No podemos privilegiar a unos en detrimento de otros, esto es ofensivo de la dignidad, por ello la discriminación se configura como delito:

Código Penal. Artículo 323.- “El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental”.

El Derecho, a través de sus herramientas, lucha contra la discriminación. Se prohíbe unas pero surgen otras. Podemos, incluso, hablar de una historia de la igualación. En el siglo XIX la diferencia era entre negros y blancos, hombres y mujeres⁽²³⁹⁾; en el siglo XX con los judíos, armenios, gitanos, kurdos, sudacas; inmigrantes, exiliados. En este siglo hay visos de discriminación genética.

Entre las formas de discriminación más usuales tenemos:

- Pesismo.
- Sexismo.
- Racismo.
- Laicismo.
- Clasismo.
- Edadismo.
- Genoismo.
- Machismo.
- Especismo.
- Veganismo.

En su estado exacerbado, unido a fobias, la discriminación puede darse en forma de:

- Xenofobia.
- Transfobia.
- Homofobia.
- Islamofobia.

15.4. Base legal

Como derecho especial, la igualdad ha merecido un tratamiento legal especial

(239) La primera nación en otorgarle el derecho del voto a las mujeres fue Nueva Zelanda el 19 de setiembre de 1893.

- **Constitución.** Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho:
(...)
 - Inc. 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
 - Artículo 6.- “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes”.
 - Artículo 26.- “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”.
- **Código Civil.-**
 - Artículo 4.- “El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles”.
 - Artículo 234.- “El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.
 - Artículo 234.- “Todos los hijos tienen iguales derechos”.
 - Artículo 290.- “Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos, y a los hijos adoptivos”.
 - Artículo 819.- “La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante”.
 - Artículo 820.- “A falta de hijos y otros descendientes heredan los padres por partes iguales. Si existiera solo uno de ellos, a este le corresponde la herencia”.
 - Artículo 1364.- “Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto”.

- **Código de los Niños y Adolescentes:**
 - Artículo III.- “Igualdad de oportunidades.- Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo”.
 - Artículo 15.- “A la educación básica.- El Estado garantiza que la educación básica comprenda: (...) e) La preparación para una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de solidaridad, comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos, amistad entre los pueblos y grupos étnicos, nacionales y religiosos”;
- Ley N° 25155 (DOEP, 27/12/1989), Ley que prohíbe establecer discriminaciones por razón de sexo en los reglamentos, estatutos u otras normas de las instituciones deportivas, sociales o culturales.
- Ley N° 28983 (DOEP, 16/03/2007) Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
- D.S. N° 004-2008-MIMDES (DOEP, 04/04/2008) Precisan que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley relativa a la igualdad jurídica del varón y la mujer.

II. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. ANTECEDENTES

Todo se inicia con el inicio de todo.

El Creador dice a Adán: “Puedes comer todo lo que quieras del jardín, pero no comerás del árbol de la Ciencia del bien y del mal. El día que comas de él, ten la seguridad que morirás” (Génesis 2: 16, 17). Adán podía deleitarse de los manjares, beber de las frescuras y degustar texturas de cuantos frutos del Edén, mas no de aquellos florecidos de un árbol, aquel designado como El Árbol. Dios le confirió libertad plena en el Paraíso. Podía dispendiar sus antojos en todo aquello que veía a sus pies o a lontananza, pero el apetito humano pudo más. Vulneró la regla divina. El creado puso de manifiesto el peor de sus defectos, la ambición. Y comió

de lo no comible, digiriendo su sanción. No cumplió la orden, no respetó los límites, sobreexpuso su libertad. Hizo aquello que no debía hacer.

Hay un límite para todo y la libertad no es ajena a ello. Esta, me refiero a la libertad, como principio y como norma humana de desarrollo e interacción, merece un tratamiento en las más diversas ramas del saber y conocimiento, no es ajena a ninguna ciencia en el sentido de que de ella se cimientan los valores del hombre. Pero la libertad no va nunca sola, está acompañada de otros principios que permiten un orden social, una vida en armonía, nos referimos a la dignidad, igualdad y solidaridad. Con estos, considerados o metaderechos, se logra un balance en que permitirá la paz, la equidad y la tan ansiada justicia (*pax, aequitas y justitia*), como veremos en el desarrollo de este ensayo.

2. TRATAMIENTO LEGAL

El antecedente de este principio lo tenemos en el Digesto que indicó con claridad que la libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo lo prohibido por la fuerza o por la ley (*“Libertas est naturales facultas ejus, quodcuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur”*, Florentino: Lib. I, tít. V, ley 4^a).

2.1. Derecho comparado

El Derecho comparado moderno el principio de libertad personal presenta como antecedente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) –que es uno de los textos fundamentales votados por la Asamblea nacional constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa– que decía “La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena” (art. 5). Qué duda cabe, es una de las consecuencias de la Revolución Francesa cuyo lema principal encierra mucho más que los términos “Igualdad, Libertad y Fraternidad”, frase que constituye la sólida base para un mejor dicho de todo Estado de Derecho. Bien indica Rubio Correa que “la declaración francesa, la primera norma sobre la libertad consiste en que la ley no tiene la atribución de prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Esto quiere decir que, en principio, la ley no puede establecer la prohibición que considere pertinente ni, mucho menos aún, puede hacerlo sin fundamentación que explique por qué eso que prohíbe es dañoso

para la sociedad”⁽²⁴⁰⁾. Manifestaba Montesquieu “una Constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas”⁽²⁴¹⁾. Para llegar a este principio Montesquieu consideró que la noción de **libertad política** no consiste en hacer lo que uno quiera. Por el contrario, en una sociedad donde hay leyes, la **libertad** consiste en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer: “La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”⁽²⁴²⁾.

En el Derecho comparado constitucional entre las Cartas que tratan expresamente este principio de la libertad personal podemos mencionar, sin perjudicar su consideración en otras, la de Brasil (art. 5- II), Ecuador (art. 23-4), El Salvador (art. 8), Guatemala (art. 5), Honduras (art. 70), Nicaragua (art. 32), Paraguay (art. 9), Uruguay (art. 7). La Constitución Nacional de Argentina indica que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19). En el caso concreto del Brasil el profesor Arnaldo Godoy de la maestría en Derecho UNISUL/SC (Brasilia) nos dice que: “Este principio da legalidade, que vem sendo reproduzido em todos os textos constitucionais brasileiros a saber, de 1824, de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967, de 1969, a par, naturalmente, do texto atual, de 1988”.

2.2. Derecho local

El principio de la libertad personal y el principio de legalidad están consagrados como regla en gran parte de la legislación nacional peruana.

2.2.1. Constitución

La Constitución peruana nos dice: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (art. 2, inciso 24, literal b).

(240) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Fondo editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 440 y 441.

(241) Capítulo IV, MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI: De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución.

(242) *Ibidem*, Libro XI, Capítulo III.

Este precepto normativo en análisis tiene larga data en las constituciones peruanas. No se inicia con la Constitución del 79, a pesar que así los sostengan algunos autores.

Un análisis serio, en otras palabras, con meticulosidad de las fuentes históricas del Derecho constitucional peruano, nos revela que su consagración la tenemos en la Constitución de 1828 (art. 150), 1834 (art. 144), 1839 (art. 176), el Estatuto Provisorio de 1855 (art. 23), 1860 (art. 14), 1867 (art. 13), 1920 y 1933 (art. 19), 1979 (art. 2, inc. 20, literal a).

Además, la Constitución lo contempla en otros artículos 2, incisos 3, 4, 8, 15, 24, literal(es) b, d, g, 2, 74 y 103.

Continuando con la tradición constitucional es preciso mencionar que esta ha tenido un impacto en otros ordenamientos jurídicos, como el civil. Veamos.

2.2.2. Código Civil

El principio de legalidad de libertad personal y de legalidad está presente en el Derecho Privado quizá por ser su fuente de formación.

En efecto, el Código Civil peruano de 1852 contenía dos normas en su título preliminar - De las leyes en general con el tenor siguiente: “III.- A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley” y “VII.- Ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo es permitido renunciar los derechos que ella concede, siempre que sean meramente privados, y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres”. La ratio de estos preceptos son de orden constitucional sustentados en la autonomía de la voluntad y en la validez de los actos jurídicos⁽²⁴³⁾.

En el Código del 84 están reconocidos en el artículo V y en 1354.

Es más, el principio jurídico “nadie está obligado a lo imposible”⁽²⁴⁴⁾ (proverbio vulgar *Ad impossibile nemo tenetur*) se encuentra consagrado en nuestro Código cuando se trata la prestación imposible en los artículos 1431 a 1433 y, obviamente, en los artículos 140 y 210 en el objeto física y jurídicamente posible. En lo tocante a este tema, Torres Vásquez dice que: “La prestación que es objeto la obligación y los bienes, servicios

(243) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Orden público y nulidad virtual del acto jurídico”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1990, pp. 245 y 246.

(244) *Impossibilium nulla obligatio* un aforismo jurídico, juriconsulto Juvencio Celso, siglo I a.C.

y deberes de abstención que son objeto de ella deben ser posibles físicamente. Nadie está obligado a lo imposible, a lo que es contrario a las leyes de la naturaleza, a lo que está fuera del poder físico e intelectual de la persona humana”⁽²⁴⁵⁾; la imposibilidad jurídica, agrega el mismo autor, se establece “debido a que el hecho está prohibido por las leyes o porque es contrario al orden público o a las buenas costumbres”⁽²⁴⁶⁾. Aclaran, con la precisión que los caracterizan, Alterini, Ameal y López Cabana que “la imposibilidad física o jurídica, para tener relevancia, debe ser actual, no sobreviniente a la constitución de la obligación”⁽²⁴⁷⁾.

Otras normas del Código Civil, II, V, 5, 214, 215, 216, 667 - 4, 1354.

2.2.3. Otras normas

- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 11-2.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15-1.
- Código Penal, II, 151.
- Código de Procedimientos Civiles, 685.
- Código de justicia militar, 147 inc. 1.
- Código de procedimientos penales, 132.
- Ley N° 26689.

3. DELIMITACIÓN

Sostiene Núñez Encabo que: “el Derecho limita nuestra libertad individual, pero hace posible la libertad y la convivencia social. Este es el sentido de la célebre frase ciceroniana que expresa que solo siendo esclavos del Derecho seremos libres”⁽²⁴⁸⁾.

La libertad discurre entre lo que la ley que manda –y, por lo tanto, obliga a hacer– y lo que prohíbe –y, por lo tanto, obliga a no hacer–⁽²⁴⁹⁾.

(245) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 168.

(246) *Ibíd*em, p. 174.

(247) ALTERINI, Atilio; AMEAL, Óscar y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 54.

(248) NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho*. Vol. I. 1ª edición. Ed. Alhambra, Madrid, 1979, p. 04.

(249) CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva constitución al alcance de todos*. Editorial Andina,

En principio, la única limitación para el ejercicio de este derecho es el no transgredir, ni violar el derecho de las demás personas, parámetro asumido por la ley con base en el **principio de reserva de la ley** y al **principio de legalidad**, lo que nos lleva a establecer que la ley es la única que precisa lo que la persona está obligada a **hacer** o, en todo caso, a **no hacer**, logrando un orden en las cosas, en las relaciones humanas, lo que se conoce como el *hominis ad hominem proportio*, entendido en el sentido de que el derecho es una proporción real y personal, del hombre para el hombre que, conservada, conserva la sociedad; corrompida, la corrompe⁽²⁵⁰⁾. Esto implica establecer un orden entre los seres, regir su vida, normar su conducta logrando la paz, equidad, justicia y la sana convivencia a través del cumplimiento de las normas.

Nótese el gustillo normativista, positivista, legalista de los principios mencionados al establecer como límite la ley. Entiéndase el término ley en sentido amplio⁽²⁵¹⁾. En esta corriente sostiene Arnaldo Godoy que: “La materia tiene amplia discusión dado que la pregunta se centra respecto del sentido de la palabra ley. Será ley en sentido formal o ley en sentido amplio (por ejemplo decretos, resoluciones, las reglas administrativas, y con mayor razón, las sentencias judiciales). Entonces pasamos a la exigencia constitucional, que nos sugiere una lectura con ojos y saberes de hombres simples. En ese caso, naturalmente, será ley en sentido amplio, y que no recibe aceptación de la jurisprudencia y de los mismos doctrinarios, que insisten que la ley, en relación al principio de legalidad, debe ser en sentido formal y fechado”, criterio sustentando en el principio de legalidad del Derecho Penal.

Gutiérrez Camacho analizando el criterio de Germán Bidart Campos⁽²⁵²⁾ explica que existe una relación entre el principio de legalidad y el de razonabilidad. El primero tiene un propósito de seguridad y responde al principio de despersonalización o impersonalidad del poder, y al de legitimidad racional. No es que el poder no sea ejercido por hombres, sino de que deben hacerlo ajustándose al orden consagrado en las normas legales. “O sea que el mando no se basa en la voluntad arbitraria o caprichosa de los hombres que gobiernan, sino en lo que la ley predetermina

Lima, 1980, p. 38.

(250) Dante Alighieri *Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit.*

(251) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Ob. cit., p. 56.

(252) BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Buenos Aires, 1989, p. 359.

como debido o prohibido. De allí, entonces, surge el adagio de que **no gobiernan los hombres sino la ley**⁽²⁵³⁾.

La libertad tiene doble contenido. Por un lado, es un derecho esencial para la realización de la persona y, por otro, es el valor fundamental que orienta el Estado de Derecho. Es un atributo que permite un *facere* o *non facere* sin más límites que los legales. Hago lo que deseo en observancia a lo permitido y respondo de mis actos en la medida de los bienes afectados, lo que se ve reflejado en el principio penal *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* en razón de que: “Los límites de la libertad que traza el Derecho Penal no solo son límites de la libertad individual, sino también límites de la intervención estatal”, argumento sostenido por el profesor alemán Winfried Hassemer, vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

El principio de legalidad se consagra en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que dice: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. *Nullo crimen, nulla poena, sine lege praevia*. La Exposición de motivos menciona que en el Título Preliminar el Código Penal enarbola un conjunto de principios garantistas como es el principio de legalidad, según el cual la actividad punitiva del Estado debe tener apoyo pleno, claro y completo en la ley. A consideración de Raúl Peña Cabrera “Este principio rector de todo el Derecho Penal democrático tiene varios cimientos: garantía popular que orienta al hombre a actuar libremente siempre y cuando su comportamiento no esté prohibido a título de hecho punible, y, garantía política, que asegura la creación de la ley penal por el poder legislativo y su correspondiente aplicación judicial”⁽²⁵⁴⁾. A mayor abundamiento se considera que es la garantía penal más importante en el Derecho Penal contemporáneo “al permitir que todo ciudadano conozca con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué

(253) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “La razonabilidad de las leyes y otros actos de poder”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año I, N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 1995, p. 51.

(254) PEÑA CABRERA, Raúl. *Nuevo Código Penal comentado y leyes complementarias*. Lima, Ed. San Marcos, 1992, p. 49.

comportamientos son lícitos”⁽²⁵⁵⁾, representa un límite a la arbitrariedad estatal⁽²⁵⁶⁾.

En el ámbito constitucional Bernaldes Ballesteros⁽²⁵⁷⁾ señala de forma precisa que la definición de libertad en el artículo analizado es **negativa** porque no establece sus alcances sino, que niega sus límites lo cual reafirma que el derecho a la libertad es inherente a la persona en base al cual puede desarrollarse. En efecto, el artículo trata la materia sosteniendo que **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe es decir que, en sentido afirmativo Todos están obligados a hacer lo que la ley manda e impedidos de hacer lo que ella prohíbe**. Apunta Fernández Sessarego que el axioma jurídico fundamental que denota el *prius* en que consiste la libertad es que “toda conducta humana intersubjetiva está permitida, salvo que se halle expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico o atente contra el orden público o las buenas costumbres”⁽²⁵⁸⁾.

Como se aprecia, la libertad es la máxima consagración del hombre. Fernández Sessarego sostiene que el Derecho es, por ello, libertario, ha sido creado por el ser humano para proteger básicamente su libertad. De ahí el axioma jurídico que refleja y traduce esta finalidad medular propone en términos positivos, valga nuevamente la mención, que: **Todo está permitido, salvo aquello que prohíba expresamente el ordenamiento jurídico o que atente contra el orden público o las buenas costumbres**⁽²⁵⁹⁾, se trata de un axioma jurídico fundamental pues traduce la función principal del Derecho. Siguiendo la posición de Landa Arroyo, en el entendido de que existen dos tipos de normas en la Constitución: **Norma constitucional regla** y **Norma constitucional principio**, considera que esta que analizamos se encuadra en el primer tipo pues se caracteriza en ser una obligación de hacer o no hacer; a diferencia de las segundas que contiene un mandato con un alto grado de generalidad⁽²⁶⁰⁾.

(255) CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 21.

(256) URQUIZO, OLAECHEA, José. “Principio de legalidad”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 64.

(257) BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ª edición, RAO, Lima, 1999, p. 170.

(258) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. Ob. cit., p. 33.

(259) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. Ob. cit., p. 86

(260) LANDA ARROYO, César. “Antejuicio político”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 64, Lima, enero de 2004, p. 32.

Para García Toma⁽²⁶¹⁾ es una norma declarativa en la medida en que resume su contenido en la declaración de una mera proclama. Diríamos como un principio mediante el que la persona goza de un derecho innato de decidir y hacer lo que quiera, por lo tanto a través de la ley se cumple con la formalidad de declararla. Pero la norma abarca mucho más, indica que la persona podrá hacer o no, solo lo que la ley señale. En tal sentido, no sería solo declarativa, sino también dispositiva y prohibitiva. De esta manera, es en los límites del sistema jurídico que se ejercita la libertad, respetando el ordenamiento jurídico el individuo es libre en la práctica de los actos jurídicos⁽²⁶²⁾.

La persona debe actuar de acuerdo al sentido y espíritu de la ley, al mandato de la misma. Legaz y Lacambra orienta su pensamiento diciendo que: “La libertad jurídica se integra con lo permitido en cuanto no-prohibido y con todo aquello que se puede jurídicamente hacer con eficacia y seguridad reconocida por el Derecho”⁽²⁶³⁾, de modo tal que es deber de todo ciudadano andar por el sendero normativo fijado, tomando en consideración lo tratado por el Digesto al señalar que la fuerza de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar (*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*, Modestino: Lib. I, tít. III, Ley 7^a). La voluntad debe estar arreglada a derecho, conforme a la ley debiendo amoldar la conducta al texto normativo, situación que no es nada sencilla si partimos de la premisa que no todo está escrito en la ley. Con este criterio dice Fernández Sessarego que es imposible imaginar que todas las conductas humanas puedan estar reguladas por el ordenamiento jurídico positivo, pues el hombre es ontológicamente libre lo que impide registrar normativamente todos sus comportamientos, esto no significa que las conductas humanas intersubjetivas permanezcan al margen de lo jurídico. Toda conducta puede ser vivenciada como valiosa o desvaliosa por el ser humano, lo que es función del juez quien no puede “dejar de administrar justicia por vacíos o defectos de la ley”. Frente a estos casos se aplican los principios generales del Derecho, contenidos en las llamadas cláusulas generales o abiertas, o el Derecho consuetudinario (VIII del Código Civil y 138, inc. 8 de la Constitución). A falta de ello el juez, en última instancia, recurre a la apli-

(261) GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, p. 249.

(262) QUEIROZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, Albino. “Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus directos socios”. En: *Direito Civil Constitucional*. Cuaderno 3, Coordinador Renato Lotufo, Malheiros Editores, Brasil, 2002, p. 197.

(263) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5^a edición, Bosch, Barcelona, 1979.

cación del axioma jurídico que privilegia la libertad del ser humano: “Lo que no está jurídicamente prohibido está permitido, salvo que se atente contra el orden público o las buenas costumbres”⁽²⁶⁴⁾, saliendo nuevamente a luz el carácter positivo del principio analizado.

Nuestra Constitución establece los límites de la libertad, siendo estos la legalidad y el criterio de protección y convivencia de los derechos de todas las personas en convivencia social. Nuestra Ley fundamental, no solo reconoce el principio de legalidad como piedra angular de la libertad, sino también la protección de la persona contra quien en ejercicio de su libertad afecta los derechos de otra persona, aunque esta libertad no esté legalmente limitada, remitiéndonos así al artículo primero de la Constitución. El criterio fundamental para la privación de la libertad solamente se puede hacer en la forma prevista por la ley y que en todo caso corresponde a las modalidades de detención provisional durante un proceso o sanción de pena privativa de la libertad, obviamente y como consecuencia se prohíben todas las otras formas de privación absoluta o relativa de la libertad como son:

- La esclavitud, considerada como el ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona privándola totalmente de su libertad.
- La servidumbre, entendida como el ejercicio de los derechos de propiedad sobre el trabajo y las condiciones de vida de la persona.
- La trata de personas, considerada como cualquier tipo de explotación económica de las personas limitando su libertad.

No solo la ley es un límite de la libertad y de la autonomía, sino que también lo son el orden público y las buenas costumbres. Es así como los actos jurídicos que celebramos no pueden ser contrarios a estos, de conformidad con lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que establece que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

El orden público es un conjunto de principios éticos, morales, religiosos, políticos, económicos, etc. en los cuales se asienta una sociedad. Tales principios pueden estar o no plasmados en normas. Mientras que

(264) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuridicidad como problema”. En: *Lumen*. Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Año 1, N° 1, Lima, 2000 y en el libro de autores varios *Obligaciones y contratos en el tercer milenio*. Homenaje a Roberto López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

las buenas costumbres son aquellas prácticas aceptadas y legitimadas por la sociedad. Ambos conceptos son dinámicos, varían y evolucionan con el tiempo.

4. CASUÍSTICA

En esta disposición constitucional se agrupan las normas jurídicas imperativas que disponen una conducta positiva o que establecen una prohibición. Con algunos ejemplos prácticos podemos apreciar mejor las premisas de trabajo que se vienen planteando en el análisis de este artículo:

- La ley no me manda a que me movilice necesariamente en carro, de manera que no me pueden obligar a que asista a mi centro de trabajo en vehículo. Por el contrario, la ley me manda a que pague mis impuestos, estando obligado a ello.
- No se puede impedir fotografiar un partido de fútbol o a los integrantes de un equipo.
- Nadie me puede impedir que fume, pues la ley no prohíbe el consumo de tabaco. Por el contrario, en lugares públicos este derecho está restringido.
- La norma no prohíbe que la tenencia puede ser ejercida por los abuelos a pesar de ser una institución típica de los padres derivada de la patria potestad.
- Nadie está obligado al pago de tributos que no hayan sido legalmente creados⁽²⁶⁵⁾.
- Puede transformarse una persona jurídica regulada en el Código Civil en una normada en la Ley General de Sociedades al no existir impedimento legal expreso que lo prohíba⁽²⁶⁶⁾ (Segundo párrafo del art. 333 de la Ley General de Sociedades indica: “Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley”).

Otros casos sueltos:

(265) Constitución de Honduras 1982, artículo 109.

(266) CIEZA MORA, Jairo. “¡Sí se puede! Transformar asociaciones en sociedades anónimas”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, año 3, N° 114, 3/0/2006, Lima, pp. 6 y 7.

- Un cónyuge no puede obligar a otro a mantener relaciones sexuales a pesar del deber de cohabitación. Como escribe Hans Küng “El deber vincula moralmente, pero no coacciona físicamente”⁽²⁶⁷⁾ (la negativa al débito conyugal puede dar lugar a una sanción de injuria grave⁽²⁶⁸⁾ o infidelidades justificadas, según tratamiento del artículo 336 del CC *in dubio pro adulterum*. Como escribe García Márquez: “El sexo es el consuelo que uno tiene cuando no le alcanza el amor”⁽²⁶⁹⁾).
- La ley no prohíbe que la persona tenga más de un prenombre. (Puedo llamarme Fernando Gabriel Alberto Ramón Francisco Saúl, Marco con mis respectivos apellidos o, incluso, tener un nombre ridículo Inxs Candy. Algunas conjugaciones de apellidos terminan siendo letales para el honor de la persona, imaginemos a un descansado señor Cama Alegre o un canino amigo del salón de clase, Pastor Alemán).
- No es un delito de coacción pedir la firma del consentimiento informado⁽²⁷⁰⁾.
- Nadie está obligado a fumar, a pesar de estar en un sitio público de fumadores, y pedírsele que deje su mesa para que la ocupe una persona que sí quiere fumar en esos precisos momentos. En los lugares de fumadores está permitido fumar pero, en definitiva, no es obligatorio⁽²⁷¹⁾.

(267) KÜNG, Hans. *Una ética mundial para la economía y la política*. Fondo de cultura económica, 1999, México, p. 142 y ss.

(268) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de derecho privado, Parte especial*. Tomo VII, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000, p. 224.

(269) GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Memoria de mis putas tristes*. 1ª edición, Mandadori, Barcelona, 2004, p. 70.

(270) Sentencia del 25 de enero de 1995, del Juzgado de Instrucción 9 de Palma de Mallorca. 1995. Nº 4. <<http://www.cfnavarra.es>>. Consultado el 15/09/2005.

(271) Apréciase el siguiente diálogo: “- Señor, quiero tomar un café mientras leo el diario. - Claro, señor: tome asiento en cualquiera de estas mesas libres. - Pero es que yo fumo. - Ah, en ese caso tendrá que sentarse en las mesas exteriores, porque, como usted sabe, está prohibido fumar dentro del local. - Es que afuera hay solo dos mesas, y están ocupadas. - Nada puedo hacer, señor. Esos fumadores llegaron antes que usted. - No me parece suficiente razón. Esas personas están abusando de su prioridad, porque ninguna de ellas fuma. Deberían estar sentados adentro y dejar esos lugares libres para la gente como yo. - Vamos a ver. Señor, usted que está sentado en una de las mesas exteriores, ¿fuma? - Sí. - Pero no está fumando ahora, ¿no? - Es cierto. ¿A usted le gusta el buen vino? - Sí. - Pero no está bebiendo ahora, ¿verdad? - Es que esta mesa es para fumar. Usted debería estar adentro. - No, señor; en estas mesas está permitido fumar, pero no es obligatorio. Yo soy fumador y me gusta poder fumar cuando quiero. Sólo que en este preciso momento no quiero”. GUIBOURG, RICARDO A. “Humo de buen derecho y casos difíciles”. En: *La Ley*, Año LXX, Nº 231, Buenos Aires,

Algunos casos entran en juego límites éticos.

Enéas Castilho Chiarini Júnior, miembro del Instituto Brasileiro de Derecho Constitucional, manifiesta en sus obras vinculadas a relaciones de género y bioética que en Brasil, al no existir prohibición legal, sería permisible el matrimonio homosexual, la adopción por homosexuales, la cirugía de reasignación de sexo con la posterior alteración del registro y posibilidad futura de casamiento. Situaciones un poco más complicadas en las que no existe ley expresa, pero deben tomarse en cuenta los principios generales del Derecho para su valoración, menciona el aborto de fetos anencefálicos, la utilización de células tronco y la objeción de conciencia en los tratamientos médicos de los testigos de Jehová.

La jurisprudencia local sustentada en que: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano” (artículo VIII del Código Civil; artículo 139, inciso 8 de la Constitución) ha venido fallando con un criterio amplio aplicando el principio de libertad:

“Conforme el artículo 88 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes, el régimen de visitas debe permitir que la madre conserve las relaciones personales con su hija, y de esta con su hermano; y para promover en adelante la relación que debe existir entre madre e hija, se otorga un régimen de visitas abierto, **que si bien la ley no señala de manera expresa, tampoco lo prohíbe**. Este régimen será fijado teniendo en cuenta el interés del menor y su derecho a la opinión, promoviendo su relación filial”⁽²⁷²⁾ (el resaltado es nuestro).

Otros casos a nivel jurisdiccional:

- “En cuanto a la vigilancia permanente y la colocación de un cerco eléctrico perimetral, cabe advertir que no existe norma que obligue a cumplir con estos presupuestos, máxime si nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, por lo que no resulta amparable esta pretensión”⁽²⁷³⁾.

29/11/2006, p. 1.

(272) Cas. Exp. N° 1426-03-Lima. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 10, Gaceta Jurídica, N° 72, Lima, setiembre de 2004, p. 128.

(273) Exp. N° 1312-2000. CD. *Diálogo con la Jurisprudencia*. 69 tomos.

- “Que, concedido el recurso de casación a fojas ciento treintiocho, fue declarado procedente por resolución del trece de julio de dos mil uno, por la causal contemplada en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, sustentada en que ninguno de los artículos del Código Procesal Civil, ni del Código Civil condicionan que para interponer una demanda de desalojo el accionante debe precisar la causal para hacerlo, pues ello constituye una infracción del derecho consagrado por el artículo dos inciso veintidós párrafo veinticuatro de la Carta Política, en cuya virtud nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y en otras oportunidades han interpuesto acciones similares que fueron admitidas y tramitadas y porque existe una contravención en la resolución del juzgado, ya que dispuso en primer lugar que debía precisar la causal de desalojo y posteriormente que no se ha indicado dicha causal y además la ampliación de la resolución exigía que se tenga por subsanada las omisiones, implica declarar inadmisibles por una segunda vez, y porque habiéndose expedido dictamen Fiscal Superior en lo civil, en la resolución recurrida ni siquiera se menciona que se resuelve de conformidad con lo dispuesto por el Fiscal Superior, lo que en la práctica equivale a sostener que dicho dictamen no mereció ninguna atención por parte del Colegiado”⁽²⁷⁴⁾.

En gran medida este precepto constitucional enraíza un criterio de seguridad, propiamente de seguridad jurídica, en ese sentido se ha considerado en la jurisprudencia: “La seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo a. (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”) y otros más (...)”⁽²⁷⁵⁾.

(274) Cas. Exp. N° 1472-2001-LIMA, publicada el 1 de marzo de 2002.

(275) Cas. Exp. N° 0016-2002-AI-TC-LIMA, publicada el 15 de mayo de 2003.

5. LÍMITES DE LA LIBERTAD

Los derechos no son absolutos, por el contrario, son relativos. Carlos Fernández Sessarego en su tratamiento al derecho subjetivo dice que este “se constituye en la dimensión sociológico-existencial como un derecho **en relación** con los intereses y derechos de los otros sujetos⁽²⁷⁶⁾. En armonía con la reflexión citada el derecho subjetivo implica **mi** derecho frente al de **los demás**, cada cual cumpliendo su función conforme a la necesidades de los sujetos. En este orden de ideas existe un límite en el uso y actuación de los derechos de la persona. Más allá de lo que quiero hacer he de tener en cuenta lo que puedo hacer (la lucha entre el querer y el poder). En esto se sustenta una convivencia social armónica.

La legalidad y la equidad son los parámetros constitucionales a la libertad: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, b) Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe y (sobre todo), c) No se ampara el abuso del derecho, ni d) La vulneración de la ley. Aclarando... puedo hacer todo aquello que la ley no me impida, teniendo en cuenta el respeto de los derechos de las demás personas y, como es lógico, el acatamiento de la ley. Esto nos trae a colisión dos instituciones madre, valga la aclaración, dos principios generales del derecho que se relacionan con la libertad, el ejercicio de los derechos y el respeto a la ley, como son:

- **Fraude a la ley.**- Es tratar de obtener indirectamente lo que la ley prohíbe hacer de forma directa⁽²⁷⁷⁾, es un ardid, un truco que se encuentra para sacarle la vuelta a la ley, como se dice en el argot criollo.
- **Abuso de derecho.**- Es una conducta que se sustenta en un derecho subjetivo que se convierte en antisocial al transgredir un deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad⁽²⁷⁸⁾.

Ambos casos, fraude y abuso, implican situaciones generadas por conductas u omisiones contrarias al deber jurídico, a la norma de conducta y a ley. La Constitución (art. 103) no ampara el abuso del derecho (este artículo recién citado debió ser un segundo párrafo del aquí comentado o, mejor –como dice Bernaldes⁽²⁷⁹⁾–, hacerse referencia en él a su aplicabilidad).

(276) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 4ª edición aumentada, Grijley, Lima, 2001, p. 107.

(277) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 178.

(278) Ídem.

(279) BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ª edición, RAO, Lima, 1999, p. 171.

En los términos expuestos las características del ejercicio de esta libertad son tres: “a) La declaración de libertad lleva consigo la posibilidad de hacer todo lo que no dañe a otra persona, b) el límite del ejercicio de la libertad es no impedir que ese mismo derecho sea ejercido por otros miembros de la sociedad, c) la ley es el instrumento de que se vale el Estado para señalar los límites de acción”⁽²⁸⁰⁾.

Con estas reflexiones tenemos que la libertad está supeditada al principio de legalidad que se presenta como un parámetro para su ejercicio. Véase que la ley no siempre establece un límite expreso –lo que no significa que existan facultades extremas– en la medida en que no se ampara el abuso del derecho (instrumento del que se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia, sostiene entre nosotros Espinoza Espinoza⁽²⁸¹⁾). Este es un principio reconocido uniformemente en el derecho constitucional comparado a punto tal que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000) declara que: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta” (art. 54, Prohibición del abuso del derecho).

Considérese que la ley no obliga sino una vez publicada pues es necesario que la sociedad tome conocimiento de lo que señala la norma para saber los derechos, deberes y limitaciones que se plasman en ella y luego cumplirla (art. 109 de la Constitución).

El principio de libertad debe entenderse de manera amplia y general. Viene funcionando con mayor preponderancia y versatilidad en la libertad de comercio e industria que es uno de los grandes principios del orden económico⁽²⁸²⁾ mediante los que el hombre logra parte de su realización. Como ejemplo en materia de derecho societario podemos citar el razonamiento oportuno de Hundskopf “es factible realizar aportes

(280) GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, p. 116.

(281) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo editorial, PUCP, Lima, 2003, p. 129.

(282) KRESALJA ROSELLO, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004, p. 499.

en moneda extranjera (...) siendo al caso aplicable el principio contenido en el artículo 2, numeral 24, literal a de la Constitución Política del Perú, que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Sin embargo, en el caso de que el estatuto o pacto social autoricen aportes en moneda extranjera, debe siempre consignarse la equivalencia respectiva en moneda nacional, que es la que será oficialmente tomada para efectos de incrementar el capital social⁽²⁸³⁾.

6. LA COACCIÓN. UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁽²⁸⁴⁾ dice: “Coacción (Del lat. *coactio*, *-ōnis*). 1. f. Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”. Implica un conducta que violenta la voluntad de un tercero llevándolo a realizar lo no querido, desde la óptica penal se entiende como aquella acción realizada por una persona que intimida a otra mediante amenazas o actos de violencia física para que realice un acto que no está obligada a hacer o para impedirle el ejercicio de un derecho.

El Código Penal de 1924 al tratar los delitos contra la libertad refería en su artículo 222 la trasgresión del artículo 2, inciso 20, literal a) de la Constitución Política del Perú de 1979 cuyo texto era similar al aquí analizado⁽²⁸⁵⁾.

El Código Penal vigente en su Título IV, Delitos contra la libertad, Capítulo I, Violación de la libertad personal, tipifica en la misma línea el **delito de coacción** de la siguiente manera:

“Artículo 151.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

(283) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Capital social en moneda extranjera”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, tomo 66, Lima, marzo de 2004, p. 54.

(284) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(285) PÉREZ, Julio D. *Código Penal concordancias*. 6ª edición, Ed. Sevillano, Lima, 1982, pp. 284 y 285.

6.1. Estructura del tipo penal

6.1.1. Bien jurídico protegido

Con la tipificación del delito de coacción se busca tutelar el bien jurídico libertad. Como mencionan algunos autores libertad de obrar o de actuar de la persona de acuerdo a su voluntad⁽²⁸⁶⁾ o el derecho a la autodeterminación⁽²⁸⁷⁾, a la autonomía privada de la voluntad, a la autarquía personal, como la llama Higuera Guimerá⁽²⁸⁸⁾.

Independiente de la denominación que se opte no cabe duda que el bien jurídico es la libertad, entendida como derecho en su aspecto práctico de ejecución; sin dejar de considerar que en el fondo implica un valor, una virtud, un don propio e inherente de la persona. Libertad entendida como la facultad que tiene el sujeto para decidir su destino.

6.1.2. Conducta típica

La conducta típica es **obligar** a otro a hacer lo que la ley no manda o **impedir** hacer lo que ella no prohíbe, ello puede realizarse mediante **amenaza** o **violencia**. Si se realizase por algún otro medio –digamos engaño, ardid, astucia– no se cometería delito. Sebastián Soler alega que el hecho consiste en **compeler** a hacer, no hacer o tolerar algo, esto es, a proceder sin voluntad o que esté viciada por coacción pues por la figura quedan igualmente abarcadas la **vis absoluta** y la **compulsiva**. Es más, añade que: “Si resultare que el sujeto pasivo hace algo con voluntad viciada por error, no existirá delito, tampoco bastaría astucia”⁽²⁸⁹⁾.

Sobre lo demás, cabe mencionar que la amenaza (**vis absoluta**) o violencia (**vis compulsiva**) se utiliza para compeler o impedir una conducta que no es contraria a derecho. Sobre el marco de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (26 de junio de 1987) el delito de coacción es equiparable a la tortura psíquica o moral en el sentido de que se impone a una persona una conducta no deseada. El texto del Código Penal japonés con claridad señala que

(286) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición, Ed. San Marcos, Lima, 1998, p. 183 y SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal peruano*. Tomo II, 1ª edición, Palestra editores, Lima, 2000, p. 154

(287) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial I-B*. Ed. San Marcos, Lima, 1998, p. 108.

(288) HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983, p. 31.

(289) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo IV, Ejea, Buenos Aires, 1983, p. 67.

las amenazas pueden ser de muerte, contra la integridad física, libertad, buen nombre o bienes.

La acción delictuosa es **compeler** a hacer, no hacer o **impedir** algo contra la voluntad. La conducta no reside en la ilicitud de lo exigido a la víctima, sino en la ilicitud del hecho de exigir en sí, es el modo en el que se realiza, constriñendo a aceptar un cumplimiento que el otro se rehúsa a cumplir.

Al detalle encontramos que deben darse cualquiera de estas dos situaciones:

- **Exigir** llevar a cabo lo que la ley no manda: compeler, imponer, constreñir a que haga lo no deseado.
- **Impedir** a realizar lo que la ley no restringe: limitar, coartar, denegar a la ejecución de algo.

Villa Stein se plantea si sería delictivo obligar a otro una conducta moral o religiosa (ir a misa, v. gr.) o impedir un acto inmoral (hacer el amor con esposa ajena o practicar acto homosexual en lugar privado). Sobre el particular concluye que si sería delito, pues la moral no se asimila necesariamente con el Derecho Penal⁽²⁹⁰⁾. Sebastián Soler con su particular estilo predica que “hay situaciones en que la persona puede sin sanción jurídica hacer algo, no por ello puede afirmarse que ese hacer concreto constituya un derecho. Tal es el caso del suicidio, hecho que inclusive puede ser fuente de responsabilidades penales para terceros. Impedir por fuerza un suicidio no es delito”⁽²⁹¹⁾.

6.1.3. Sujetos

Respecto a la tipicidad objetiva Bramont-Arias Torres y García Cantizano⁽²⁹²⁾ consideran que el sujeto activo y el pasivo puede ser cualquier persona y tiene toda la razón pero vale aclarar algunos puntos.

- Sujeto activo.- Puede ser cualquier persona.

En el caso de un funcionario público que exceda o abuse de sus facultades en el ejercicio de sus funciones dicha conducta será tipificada como

(290) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial I-B*. Ob. cit., p. 110.

(291) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1983, p. 70

(292) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. 4ª edición, Ed. San Marcos, Lima, 1998, p. 183.

abuso de autoridad, artículo 376 del Código Penal. Las demás conductas del referido sujeto se tipificarán de acuerdo al tipo analizado⁽²⁹³⁾. Tal sería el caso que un funcionario obligue a comparecer a una persona en una dependencia pública (nadie estará obligado a comparecer personalmente a una repartición pública, salvo que tal obligación emanase de la ley⁽²⁹⁴⁾).

- Sujeto pasivo.- Cualquier persona puede ser víctima de la coacción.

Para la configuración del delito –se discute en doctrina– debe doblegarse la voluntad. Aclaremos la voluntad en sentido genérico no en sentido estricto. Los casos de un inimputable, un niño recién nacido, un enfermo mental o en estupor catatónico son situaciones en que si bien existe una incapacidad no implican que se carezca de voluntad; el hecho de que el ejercicio de la libertad esté restringido no resta importancia al derecho a la dignidad⁽²⁹⁵⁾. Se sostiene, por el contrario, que la libertad no puede ser afectada por obvias razones al no tener voluntad doblegable por coacción⁽²⁹⁶⁾.

6.1.4. Tipicidad subjetiva

De la estructura y contenido de este delito es claramente determinable que se trata de un delito doloso. El agente actúa a sabiendas, conociendo, con la intención de gobernar la conducta de una persona fuera de los lineamientos de la ley, llevándola a hacer lo no exigible o limitando lo no prohibido.

No se castiga la forma imprudente de la comisión del tipo.

6.1.5. Relación de causalidad

Es un delito de resultado que consiste en obligar a hacer u omitir algo.

6.1.6. Consumación

Existe consumación cuanto el agente lleva a cabo la conducta típica, es decir, la realización de lo que la ley no exige o el impedimento de llevar a cabo lo que no se prohíbe. Se admite la tentativa.

(293) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial*. Ob. cit., p. 109.

(294) Artículo 26 del derogado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, D.S. N° 02-94-JUS, del 31/01/1994.

(295) HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983, p. 80.

(296) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial*, I-B. Ob. cit., p. 109, citando a Muñoz Conde.

6.1.7. Penalidad

La pena es privativa de libertad no mayor de dos años.

6.2. Características

El delito de coacción es subsidiario empleándose solo cuando el hecho no está previsto en otro tipo que resulte aplicable en virtud de su especialidad, en buena cuenta es un delito de categoría abierta y se configura frente a cualquier atentado contra la libertad de la persona. Como dice Higuera Guimerá la coacción suele funcionar como tipo recogida –cajón de sastre diríamos nosotros– en que se pueden subsumir ciertos comportamientos si por falta de requisitos específicos no pueden tipificar un acto u omisión⁽²⁹⁷⁾. Últimamente se ha tipificado, por ejemplo, como coacción el caso del *mobbing*: Un juez de Barcelona ha admitido a trámite la primera denuncia por la vía penal por un supuesto caso de *mobbing* (persecución laboral, acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo) que suele denunciarse en los tribunales sociales por la vía laboral. El magistrado Joaquín Aguirre considera que el *mobbing* es un delito de coacciones por la vía penal ya que se obliga a hacer algo que no se quiere o que considera injusto. El afectado un ingeniero industrial que trabaja hace más de 30 años en Telefónica que acusa a su jefe de perseguirle laboralmente para deteriorar su vida profesional, afirmando que se ha visto obligado a coger la baja por depresión en diversas ocasiones⁽²⁹⁸⁾.

6.3. Semejanzas y diferencias con otras figuras delictivas

Hay casos límite en los que pueden verse vinculada la coacción con otra figuras delictivas, veamos el caso de la extorsión: “En la coacción lo que se castiga es el modo antisocial de exigir; la prepotencia en el método de requerimiento; es decir, la ilicitud de la exigencia y no propiamente la licitud o ilicitud de lo exigido. En la extorsión, en cambio, se persigue una disposición patrimonial ilícita, es decir, se ataca a la propiedad pero atacando primero a la libertad. Así pues, en el delito de extorsión propiamente dicho el medio por el cual se obtiene una disposición patrimonial ilícita es la intimidación. Esta puede ser lisa y llana (...) La intimidación

(297) HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. Ob. cit., p. 3.

(298) <<http://www.upo.es/general>>, consultado el 15/09/2005.

se concreta por medio de la amenaza. La intimidación en realidad es el resultado de esta”⁽²⁹⁹⁾.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN. DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD AL PRINCIPIO DE VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo constitucional que contiene el principio de libertar personal tiene un ámbito exclusivo de aplicación cual es el Derecho Privado, es decir, solo es válido en las relaciones pactadas entre los particulares, no así en las relaciones de Derecho Público, en las que está de por medio el Estado.

El funcionario público solo está facultado a hacer aquello reseñado en la ley, en su reglamento de funciones. No puede hacer más de lo permitido de acuerdo a las normas sobre la materia. Requiere, para actuar, de una potestad, de una autorización legal, es la exigencia sustentada en el principio de vinculación positiva de la administración Pública. La **Ley de procedimiento administrativos general** (Ley N° 27444) consagra este punto al considerar “Artículo IV, 1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de la facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas” y, el artículo 61 que trata que la competencia administrativa que tiene como fuente la Constitución y la ley; asimismo por la **Ley marco del empleo público** (Ley N° 28175) “Artículo IV. 1. Principio de legalidad.- Los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos. El empleado público en el ejercicio de su función actúa respetando el orden legal y las facultades que la ley le señala”.

También es conocido como el principio de legalidad negativa mediante el que un funcionario público no puede realizar acto administrativo alguno sin ley que lo autorice expresamente para ello. Este criterio legal ya ha sido analizado por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: “[El] principio invocado por el demandante supuestamente conculcado (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe) no se aplica en las relaciones

(299) Fuente: Henry Issa El Khoury. “Las garantías del tipo penal y la misión moralizante del juez a propósito de un comentario jurisprudencial”. En: <<http://www.cienciaspenales.org>>, consultado el 15/09/2005.

jurídicas de orden público, en el cual el funcionario tiene que limitarse a las funciones de su competencia expresamente establecidas. Este principio, en cambio, si es aplicable en las relaciones jurídicas de Derecho Privado laboral, bajo el cual si la ley expresamente no obliga al trabajador a realizar algo, su omisión no es sancionable, solo debe limitarse a lo explícitamente pactado. En el caso submateria, la ley especial expresamente prohíbe la importación de calzado y útiles de aseo para fines comerciales⁽³⁰⁰⁾.

Sobre el particular se ha tratado el llamado **principio de interdicción de la arbitrariedad** que implica un límite a la libertad de actuar de la Administración Pública, toda acción de esta índole requiere, entonces, un sustento legal y estar debidamente motivada. Sobre este tema se ha sostenido que “de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se infiere que el principio de interdicción de la arbitrariedad es un principio matriz, del cual se derivan los límites formales y materiales del ejercicio del poder público. Uno de estos límites es que el ejercicio de toda actuación de la administración debe estar sustentado en la atribución de una competencia por parte del ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos: las administraciones públicas están vinculadas positivamente al ordenamiento jurídico, es decir, solo pueden hacer todo aquello que les está permitido, a diferencia de los particulares que pueden hacer todo aquello que no les está prohibido⁽³⁰¹⁾”.

8. TERMINANDO LA REFLEXIÓN

Como se ha indicado en más de una oportunidad, este artículo re-cepta el principio de legalidad que es una creación del Estado moderno (introducido por Hobbes).

Como principio no existía en el Derecho premoderno (romano y medieval). Se presenta como un cambio esencial en la vida jurídica moderna. Expresa el llamado **principio de clausura del ordenamiento jurídico** que permite una interpretación integrativa del sistema, esto es, si una conducta no está prohibida, está permitida. En palabras de Fernández Sessarego nada menos que de un axioma jurídico fundamental en cuanto traduce la

(300) Exp. N° 0135-1996-AA/TC, fundamento jurídico 2. Cit. SAR, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Nonos & Thesis, Lima, 2004, p. 79.

(301) PALMER OLIDEN, Carmen Julia. “La vinculación positiva de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 63, Gaceta Jurídica, diciembre de 2003, p. 49.

función del Derecho⁽³⁰²⁾. Gracias al homenajeado en las **Bases de la Reforma Constitucional del Perú**⁽³⁰³⁾ formulada en el 2001 en su artículo 3 (Capítulo III. Derechos fundamentales) se consideró que “(...) toda persona, en tanto ser libre, tiene derecho a la protección de su proyecto de vida en sociedad. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...)”.

El sentimiento compartido por Luis Moisset de Espanés y Juan Vallet de Goytisolo es oportuno de citar cuando dicen que “La redacción de la ley humana debe encomendarse a unos pocos sabios”⁽³⁰⁴⁾, esta idea nos permite entender que la fórmula de este artículo es feliz en la medida en que consagra el actuar pleno del hombre, dentro de ciertos límites que no necesariamente están en la ley, por el contrario, debemos buscarlos en la conciencia de cada uno de nosotros, raíz de una sana convivencia, y en la enseñanzas de nuestros maestros, en el caso particular de quien estas líneas escribe de Carlos Fernández Sessarego, hoy y siempre homenajeado.

Antes del punto final la enseñanza poética de Thiago de Mello es precisa:

“Artículo 12
Decrétase que nada
estará obligado ni prohibido.
Todo será permitido,
inclusive jugar con los rinocerontes
y caminar por las tardes
con una begonia en la solapa.
Solo una cosa queda prohibida:
amar sin amor”.

Os Estatutos do Homen
Traducción Pablo Neruda
São Paulo, V&R, noviembre de 2001

(302) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Libertad, Constitución y derechos humanos*. Serie Clásicos del Derecho. Tomo I, Ed. San Marcos, Lima, 2003, p. 86.

(303) *Comisión de Estudio de la reforma Constitucional del Perú*. Ministerio de Justicia, Lima, 2001.

(304) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1982, p. 164.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio; AMEAL, Óscar y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Estudios constitucionales*. 2ª edición revisada y con nuevo título, Grijley, Lima, 2004.
- BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ª edición, RAO, Lima, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo 1, Buenos Aires, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Río de Janeiro, 2003.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*. 4ª edición, Ed. San Marcos, Lima, 1998.
- CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derechos de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Gaviota del Sur, Sucre, Bolivia, 2010.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva constitución al alcance de todos*. Editorial Andina, Lima, 1980.
- CIEZA MORA, Jairo. “¡Sí se puede! Transformar asociaciones en sociedades anónimas”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 3, Lima, 2006, N° 114.
- DE CUPIS, Adriano. *Os directos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, 1ª edición, Campinas SP, Romana jurídica, 2004.

- DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Heliasta, Buenos Aires, 1975.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del Derecho Civil*. ARA editores, Lima, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª Edición, Ed. Grijley, Lima, 2012.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo editorial, PUCP, Lima, 2003.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuridicidad como problema”. En: *Lumen*. Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Año 1, N° 1, Lima, 2000.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuridicidad como problema”. En: *Obligaciones y contratos en el tercer milenio*. Homenaje a Roberto López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 4ª edición aumentada, Grijley, Lima, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*, Librería Studium, Lima, 1987.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Libertad, Constitución y derechos humanos*. Serie Clásicos del Derecho, Tomo I, Ed. San Marcos, Lima, 2003.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”. En: *Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría*. Gaceta Jurídica, Lima, 1995.

- FERRERO, Raúl. *Trabajos de Derecho Constitucional. La Constitución mediatizada*. Grijley, Lima, 1999.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I. Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Memoria de mis putas tristes*. 1ª edición, Mandadori, Barcelona, 2004.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho constitucional*. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999.
- GUIBOURG, RICARDO A. “Humo de buen derecho y casos difíciles”. En: *La Ley*, Año LXX, N° 231, Buenos Aires, 29/11/2006.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “La razonabilidad de las leyes y otros actos de poder”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año I, N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 1995.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983.
- ISSA EL KHOURY, Henry. “Las garantías del tipo penal y la misión moralizante del juez. A propósito de un comentario jurisprudencial”. En: <<http://www.cienciaspenales.org>> 15/09/2005.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Capital social en moneda extranjera”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 66, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2004.
- KRESALJA ROSELLO, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo editorial, PUCP, Lima, 2004.
- KÜNG, Hans. *Una ética mundial para la economía y la política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- LANDA ARROYO, César. “Antejuicio político”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, tomo 64, Lima, enero de 2004.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1979.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial, Tomo VII, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1982.
- MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI. De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución.
- NERY, Rosa María de Andrade. *Noções preliminares de Directo civil*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho*. Vol. I. 1ª edición, Ed. Alhambra, Madrid, 1979.
- PALMER OLIDEN, Carmen Julia. “La vinculación positiva de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, tomo 63, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2003.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Nuevo Código Penal comentado y leyes complementarias*, Ed. San Marcos, Lima, 1992.
- PÉREZ, Julio D., *Código Penal. Concordancias*. 6ª edición, Sevilla-no, Lima, 1982.
- QUEIROZ DE OLIVEIRA JUNIOR, Albino. “Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus directos socios”. En: *Direito civil constitucional*. Cuaderno 3, Coordinador Renato Lotufo, Brasil, Malheiros Editores, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Fondo editorial, PUCP, Lima, 1997.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal peruano*. Tomo II, 1ª edición, Palestra editores, Lima, 2000.
- SAR, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Nonos & Thesis, Lima, 2004.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo IV. TEA, Buenos Aires, 1983.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- URQUIZO OLAECHEA, José. “Principio de legalidad”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Orden público y nulidad virtual del acto jurídico”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1990.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial I-B*. Ed. San Marcos, Lima, 1998.
- WEBER, Albretch. “La carta europea de los derechos fundamentales desde la perspectiva comparada”. En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Miguel Carbonell (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002.

SUBCAPÍTULO CUARTO

DERECHO AL HONOR

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Fundamento. 6. Titulares. 6.1. Concebido. 6.2. Persona natural. 6.3. Persona jurídica y ente no personificado. 7. Naturaleza jurídica. 8. Características. 9. Clases. 9.1. Sentido multívoco del honor. 9.1.1. Honor subjetivo. 9.1.2. Honor objetivo. 9.2. Sentido unívoco del honor. 10. Actos ilícitos. 11. Actos lícitos. 12. Base legal. 13. *Exceptio veritatis*.

1. GENERALIDADES

El honor es un concepto ideológico.

Su contenido está lleno de valor, de esencia del ser en su plena dimensión, tanto interna, de sí; como externa, de los otros.

Suele ser entendido como un conjunto de reglas o principios que gobiernan la sociedad plasmando ideales que marcan la base del comportamiento de las personas.

Es un derecho tan importante y trascendental que se tiene la creencia de que es mejor morir que vivir sin honor.

2. CONCEPTO

El contenido y delimitación del derecho al honor es lábil y fluido⁽³⁰⁵⁾.

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽³⁰⁶⁾, “Honor (Del lat. *honor*, -*ōris*). 1. m. Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo. 2. m. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”.

Es el elemento de cuño moral imprescindible para composición de la personalidad⁽³⁰⁷⁾.

(305) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 699.

(306) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(307) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 133.

El honor es el íntimo y raigal valor moral del hombre⁽³⁰⁸⁾, una cualidad moral del ánimo⁽³⁰⁹⁾. Es el aprecio personal, una causalidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes ante nosotros mismos y los demás. Es la fuerza interna que incita al hombre a ser cada vez mejor, desarrollarse, superarse, crecer.

Es innato al sujeto, connatural. No es creado por el Derecho, es un concepto metajurídico o prejurídico⁽³¹⁰⁾. Más que un derecho, el honor es un valor que emana de la propia dignidad. Es uno de los principales bienes espirituales que el hombre siente, valora y sublima colocándolo dentro de sus más preciados dotes. Una cualidad, una virtud, como diría Fray Luis de León, “el honor sigue a la virtud como la sombra al cuerpo”.

Como cualidad propísima, hace que las personas sean valoradas, respetadas y consideradas en sociedad. Es el íntimo sentimiento respetable que se exterioriza de varias maneras y se vincula con la sociabilidad de la persona, de ahí que el amparo jurídico debe ser todo lo amplio posible para proteger el respeto de la honra y al reconocimiento de su dignidad.

Es el crédito moral que nos permite relacionarnos, socializarnos con las demás personas y que se expresa por medio del cumplimiento de nuestros deberes. Este derecho, invita al desarrollo de la persona para mejorar su situación.

Es un concepto variable según la sociedad y la época. Dicen que los romanos, por una cuestión de honor, al declarar en los juicios se apretaban los testículos, de allí el término testificar. Depende mucho de la costumbre, idiosincrasia, valores y sentir de las personas y la sociedad. Según Menezes Cordeiro⁽³¹¹⁾, la defensa del honor estuvo, en un tiempo, enaltecido a punto que el ideal de la caballería en las tradiciones y en la literatura apuntaba a la honra como un bien máximo a defender en cualquier circunstancia y hasta las últimas consecuencias. Además, existía el duelo como un medio de limpiar la honra y salvar el honor mancillado, desde el siglo XV hasta mediados del XX, muchos países lo permitieron, hoy no es un delito. Antiguamente fue deshonrosa la convivencia, en ciertos lugares

(308) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 126.

(309) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 545.

(310) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 168.

(311) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 180.

es deshonoroso que las mujeres usen falda o queden solteras, en China, por ejemplo, es un honor que los comensales eructen en la mesa, o que la primera noche el huésped comparta la mujer de quien brinda una habitación.

El honor es un tema delicado, de fácil vulneración, “es lo mismo que la nieve: una vez que pierde la blancura ya no puede recobrarla” (Carlos Duclos).

Está consagrado en el Cuarto mandamiento, Honrarás a tu padre y a tu madre, así como en el Octavo Mandamiento, No levantarás falsos testimonios ni mentirás.

3. DENOMINACIÓN

Derecho a la protección del honor, derecho a la honra civil, derecho al buen nombre, derecho de crédito personal.

Derecho al respeto⁽³¹²⁾ y sus derivados derecho a respetarse (honor) y derecho a ser respetado (reputación).

En cuanto a las denominaciones empleadas para este derecho están las de honra, reputación, reconocimiento, prestigio, fama, decoro, pundonor, pudor, etc. Incluso, lexicográficamente, se conoce como nombre.

En el Derecho comparado *ehren* (Alemania), *honneur* (Francia), *honor law and good reputation* (inglés), *onorare* (Italia).

Este término es utilizado en múltiples formas:

- Play de honor.
- Hacer el honor.
- Dama de honor.
- Lance de honor.
- Cuadro de honor.
- Palabra de honor.
- Campo del honor.
- Guardia de honor.
- Medalla de honor.

(312) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 139.

- Tribunal de honor.
- Capellán de honor.
- Columna de honor.
- Matrícula de honor.
- Invitación de honor.

Profesor honorario, doctor *honoris causa*.

Incluso hay un nombre, *Honorato* que significa el premiado.

Perder el honor, es ser deshonrado, vejado, ultrajado.

Palabras derivadas:

Positivas	Negativas
Honor	Deshonor
Honrar	Deshonrar
Honrado	Deshonrado
Honorable	Deshonorable
Honorablemente	Deshonorablemente

Persona honrada es aquella que cumple con sus deberes morales, cívicos y profesionales rigurosamente⁽³¹³⁾. El hombre honrado genera confianza y esta determina la trascendencia de las relaciones humanas y de las instituciones jurídicas, sobre todo en las relaciones contractuales. El contrato, así de las cosas, el instituto precisa no solo la conformidad con el orden público y las buenas costumbres, la sinceridad, la confianza, el honor de la palabra empeñada, sino, sobre todo, del intento de realizar la Justicia en esta norma particular, con dimensión social, enmarcada en la buena fe y el *honeste vivere*⁽³¹⁴⁾.

4. DEFINICIÓN

Considera Liotta⁽³¹⁵⁾ que el término honor puede ser adoptado en una triple acepción:

(313) La Resolución Ministerial N° 0978-2001-RE (DOEP, 10/12/2001) que “Reincorpora a la situación de actividad y reivindica la dignidad, honra y aptitud profesional de diversos funcionarios diplomáticos” que fueron agraviados por el cese institucional y por impropias declaraciones del entonces Presidente de la República.

(314) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. “Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato”. En: *La Ley*, Año LXXVII N° 232, Tomo, La Ley 2013-F, miércoles 11 de diciembre de 2013, p. 1.

(315) LIOTTA, Maurizio: (voz) “Onore (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 203.

- Como un íntimo valor moral de la persona.
- Como conciencia de la propia dignidad.
- Como estima de los terceros.

Para Valencia Zea⁽³¹⁶⁾ es el conjunto de cualidades o virtudes resultado del cumplimiento de los deberes jurídicos, morales y sociales, así como también, la realización de obras en beneficio de la colectividad. Espinoza Espinoza⁽³¹⁷⁾ define el derecho al honor como aquella situación jurídica en la que se reconoce a la persona en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad y, frente a ello, se la protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella.

El derecho al honor es un bien espiritual, nace con el hombre y constituye uno de sus bienes más preciados y elevados, siendo defendido con determinación, su pérdida priva al hombre su adecuada relación con la sociedad, siendo indispensable para su pleno desarrollo. Es un derecho que emana de la dignidad e implica la facultad de respetarse y ser respetado.

Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

5. FUNDAMENTO

El honor encuentra su fundamento en la dignidad. Justifica el deber de respeto de sí mismo y el que de los demás merecemos, como tal protege el patrimonio moral del sujeto. La honra tiene un enorme valor (la vida o el honor, algunas personas se prefieren muertos que deshonrados).

Refiere Bittar⁽³¹⁸⁾ que el derecho al honor permite la paz en la colectividad y en la propia preservación de la dignidad humana. Es un derecho autónomo e independiente pero se interrelaciona con el derecho a la intimidad, imagen y voz, aunque muchas veces se les otorgue el mismo tratamiento jurídico, unitario.

(316) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, 2000, p. 400.

(317) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 486.

(318) BITTAR, Carlos Alberto: *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 133.

Carrasco⁽³¹⁹⁾, citando la sentencia del Tribunal Supremo español STS del 2//3/1989, refiere que el honor queda protegido en dos aspectos:

- **Inmanencia**, estimación que cada persona hace de sí misma - Honor.
- **Trascendencia**, estimación que los demás hacen de nuestra dignidad - Reputación.

6. TITULARES

La trascendencia de este derecho genera una amplia aplicación, siendo sus titulares:

6.1. Concebido

El derecho al honor como derecho inherente al ser humano surge con este.

El concebido tiene derecho al honor, a su dignidad, a su reconocimiento como sujeto de derecho especial. Resulta intolerante actos lesivos a su honra, fama o reputación, v. gr. en lo referente a su origen biológico, a su estado de desarrollo embriológico, a la forma en la que fue procreado, etc. Pontes de Miranda cita como ejemplo el siguiente caso: “Si A dice que el hijo de la viuda B no fue concebido en el casamiento, puede el curador del *nasciturus* ejercer las pretensiones y acciones, penales y civiles, que correspondan al derecho a la verdad y el derecho a la honra, en lo tocante al *nasciturus*”⁽³²⁰⁾.

6.2. Persona natural

La persona natural, como titular del derecho al honor merece tutela en cuanto al reconocimiento que esta misma tiene y, asimismo, en cuanto al reconocimiento que los otros tienen respecto de esta.

Se incluye a todas las personas naturales, sean menores, ancianos, enfermos mentales sin discernimiento, privados de la libertad, según el claro criterio de Llambías⁽³²¹⁾, de esta protección gozan no solo las personas intachables, sino también quienes sufran de un ataque injusto, así, in-

(319) CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 96.

(320) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 73.

(321) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 21ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 272.

cluso, merecen la defensa de su honor las personas deshonestas (rufián, proxeneta, prostituta, ladrón, delincuente, adúltero), como dice Soler⁽³²²⁾, hasta el más degradado de los hombres tiene un concepto propio del honor. En la misma línea Orgaz⁽³²³⁾ considera que nadie está excluido a priori de esta tutela. En todo caso, podrán no tener honor las bestias, si es que carecen de fuerzas espirituales, pero en el hombre está en su modo de ser, como refiere Cifuentes⁽³²⁴⁾. En el mismo sentido Liotta⁽³²⁵⁾ asevera que si la medida de la tutela del honor reposara solamente en la percepción directa que el sujeto tiene de la propia dignidad, en su grado de sensibilidad a recibir la ofensa y el mismo tiempo en la representación del valor de la persona reflejada en el juicio de los terceros, podría correctamente negarse toda tutela a los sujetos incapaces de percibir la ofensa o a aquellos que no gozan de una buena o de alguna reputación. Así de las cosas, los niños, los enfermos mentales absolutos y todos aquellos que no tuvieran conciencia de la propia personalidad no serían legitimados actuar para la tutela de su honor porque carecerían de interés en protegerlo.

Puede decirse que en ciertos casos un sujeto puede carecer de honra, las denominadas honras inmerecidas⁽³²⁶⁾, como el falso médico o métodos no científicos como el curanderismo, el astrólogo, medicinas paralelas, quienes lo ejercen no pueden reclamar de su clientela la ofensa del buen nombre o reputación respecto de los malos o imprecisos servicios que prestan.

6.3. Persona jurídica y ente no personificado

El honor es un derecho aplicable a las personas jurídicas de forma plena y absoluta. Se tiende a proteger su trayectoria social, su trascendencia comercial, su *nominatim* así como el posicionamiento e importancia de su marca. El honor colectivo de una corporación es diferente al de sus miembros; en dicha medida, la persona jurídica puede obrar judicialmente sin necesidad de probar que la difamación afecta a todos sus miembros o a algunos en particular⁽³²⁷⁾.

(322) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1983, p. 184.

(323) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 145.

(324) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 455.

(325) LIOTTA, Maurizio. (voz) "Onore (diritto all)". En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 203.

(326) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 187.

(327) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo I, Ediar, Santiago de Chile, 1990, pp. 10 y 11.

Sin embargo, se ha manifestado que entre el honor de la persona natural y la jurídica hay diferencias, así “sin desconocer que el prestigio de las personas jurídicas forma parte, en sentido figurado, del equivalente derecho al honor de las personas físicas, no cabe que se identifique a ambos conceptos, especialmente en la fuerza de la protección que se les brinda. La protección, en este sentido, se hace más fuerte cuando afecta a las personas físicas”⁽³²⁸⁾.

No son titulares del derecho al honor

- El cadáver

El honor es un derecho que trasciende a la muerte pero no lo goza el cadáver sino sus familiares, quienes buscan honrar la memoria de sus muertos, lo que se denomina protección de la memoria de los difuntos, que algunos llaman **protección de la personalidad pretérita**⁽³²⁹⁾.

El cadáver humano al perder la vida adquiere el derecho a descansar en paz y esto debe ser respetado y consagrado.

Los valores de la personalidad dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que en respecto a la memoria del fallecido obliga a abstenerse a los demás de manifestaciones que la rebajen y desfiguren. Sin su afectación no es al muerto, sino a los familiares.

El CP considera que: “En los delitos previstos en este Título solo se procederá por acción privada. Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos” (art. 138).

7. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho al honor es un derecho personalísimo, fundamental.

Este es un derecho inherente al ser humano que el Derecho no hace más que reconocerlo.

(328) ALMAGRO NOSETE, José. “El ‘honor’ de la SGAE y la libertad de expresión”. *Diario La Ley*, N° 7931, Sección Columna, 26 Sep. 2012, Editorial La Ley, España.

(329) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 157.

Se vincula con la dignidad e integridad psíquica, espiritual, moral de la persona. La dignidad personal es intrínseca al individuo en cuanto tal; en tal sentido, el honor constituye un bien innato que surge con la existencia misma de la persona⁽³³⁰⁾.

Encuentra el sustento en la cualidad moral de la persona que le impide al severo cumplimiento de sus deberes de ser humano frente a otros y consigo mismo⁽³³¹⁾. El honor es el íntimo y raigal valor moral del hombre. Es un valioso bien de carácter no patrimonial que conlleva un sentimiento o conciencia de la propia dignidad como persona. Este invaluable aspecto del ser humano es merecedor de la más amplia tutela jurídica.

El honor de las personas es un bien que socialmente se traduce en el respeto y consideración que se merecemos, estima, aprecio, buena fama y reputación adquiridas por nuestro quehacer y la opinión de los demás. Un inestimable bien susceptible de respeto y protección; es, a decir de Cifuentes, una manifestación espiritual humana de suma importancia⁽³³²⁾, uno de los más preciados dotes del hombre⁽³³³⁾.

8. CARACTERÍSTICAS

El derecho al honor es un derecho fundamental que tiene las siguientes características:

- Es un derecho innato. Surge con el ser humano, desde el inicio de la vida, e incluso perdura hasta después de la muerte trascendiendo a los familiares. Tiene honor todo sujeto de derecho. Durante la vida se va forjando y desarrollando.
- Es un derecho personalísimo, extrapatrimonial, ningún aspecto de este derecho puede ser plasmado económicamente. Se encuentra fuera del comercio de los hombres. Es un valioso bien de carácter no patrimonial que conlleva un sentimiento o conciencia de la propia

(330) LIOTTA, Maurizio. (voz) "Onore (diritto all)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 204.

(331) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 126.

(332) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 81.

(333) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 545.

dignidad como persona⁽³³⁴⁾. Sin embargo, la ofensa del honor implica la determinación de dos tipos de daños:

- Patrimonial: Lucro cesante o daño emergente.
- Extrapatrimonial: Daño moral.
- Es un **derecho fundante**, esencial, base de otros derechos de la persona.
- Es un **derecho indisponible**, no puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito. Esta es su principal característica.
- Es un **derecho pluridimensional**, podemos hablar de honor personal, familiar, político, comercial, social, científico, literario, profesional, artístico y todas aquellas otras manifestaciones de la persona.
- **Puede aplicarse a la persona jurídica** como entidad institucional, ya que existe un respeto de su calidad, a su trayectoria social, su trascendencia comercial, su *nominatim* así como el posicionamiento e importancia de su marca.
- Es un **derecho absoluto**, no puede cederse ni limitarse. No existe un derecho a difamar ni un derecho a injuriar. El honor no puede ser cedido.
- Es un derecho internalizante, tiene como fuente básica proteger la interioridad de la persona.
- En la actualidad, el derecho al honor está asociado a otros derechos, como los relativos a la intimidad, la imagen y la voz, normalmente la intromisión de uno de ellos suele producir la lesión de los restantes⁽³³⁵⁾ (sobre todo en los casos de libertad de expresión⁽³³⁶⁾ o libertad de información⁽³³⁷⁾); asimismo, el derecho a la protección de datos

(334) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 126.

(335) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 186.

(336) El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, son ambos derechos constitucionales de carácter fundamental sin que pueda establecerse una jerarquía entre los mismos gozando uno y otro de una protección especial. SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes. "Protección al derecho al honor. La calumnia y la injuria". En: Diario *La Ley*, N° 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial La Ley, España, *La Ley* 18096/2012.

(337) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 185.

personales⁽³³⁸⁾ y, sobre todo, al concepto de dignidad humana que es objeto de resguardo jurídico en las legislaciones nacionales como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

- Es un derecho individual y aplicable a sujeto determinado. Menezes Cordeiro⁽³³⁹⁾ nos habla de la **honra general**, que implica casos de duda; por ejemplo, a quién ofendería decir “los soldados son asesinos” o un artículo que desconsidere a la especie humana o a los europeos o a los portugueses en general, sin mencionar a nadie en particular. Frente a estos casos debe entenderse que el derecho a la honra es un derecho subjetivo que está encabezado, necesariamente, por un titular, individualizado-identificado, no hay derechos con titulares indeterminados. El sentimiento de la honra debe concretizarse de forma que los quejosos puedan, con verosimilitud, presentarse como ofendidos. Así, no procede pedir una indemnización en nombre de todos los habitantes de una ciudad o villa supuestamente afectados por los artículos de opinión vertidos.
- El derecho que trasciende la muerte, el cadáver como objeto de derecho especial mantiene el derecho al reconocimiento personal y social.

9. CLASES

La defensa del honor se articula en dos planos: (i) se pone de relevo el valor intocable e inalienable de la integridad moral de cualquier hombre, formando así el honor objeto de tutela constante y equitativa para todos, existiendo una ética común mínima para toda persona en tanto tal, y; (ii) se considera también el papel del individuo en la comunidad, dependiente de sus acciones, de sus méritos y de su calidad moral, papel que se refleja en la representación subjetiva de la propia personalidad (honor

(338) El derecho de la *privacy* es un derecho exclusivamente reconocido en el interés del individuo tendiente a crear una zona de opacidad relativa a los datos personales, un verdadero y propio interés de la colectividad que permitiría una más amplia zona de transparencia relacionada a una serie de datos que se encuentran en poder de organismos públicos y privados. PATRONO, Paolo: (voz “Privacy (diritto all)”). En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, pp. 560-561.

(339) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 188.

subjetivo) y en la consideración de la que gozan respecto de terceros (honor objetivo)⁽³⁴⁰⁾.

El derecho al honor puede de dos clases:

9.1. Sentido multívoco del honor

9.1.1. Honor subjetivo

Honor personal. Honra. Estima propia.

Convoca el aspecto interno, el sentimiento y amor propio. El deseo de superación, de ser mejor, de ser feliz; de valorarte y hacerte cada vez más grande. Inmanencia (inherente).

Es cuando el juicio de valor lo hace la propia persona. Sentimiento per se. Autoestima.

De acuerdo a lo que me quiero y me estimo busco superarme.

Se le denomina también honra. Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽³⁴¹⁾, Honra. (De honrar). 1. f. Estima y respeto de la dignidad propia. 2. f. Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito.

Puede entenderse como una autovaloración o el aprecio de la propia dignidad que hacemos de nosotros mismos.

Se refiere al juicio que cada uno tiene de sí mismo. Aprecio, autoestima, autovaloración, sentimiento de la propia dignidad.

Un proverbio japonés dice la vida dura una generación, la honra para siempre.

9.1.2. Honor objetivo

Honor social. Reputación, honorabilidad, fama, renombre, buen nombre, prestigio, aureola. Estima ajena.

Convoca el aspecto externo, el reconocimiento social y consideración de los otros. Trascendencia (consecuente).

(340) LIOTTA, Maurizio: (voz) "Onore (diritto all)". En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 204.

(341) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

Es cuando el juicio de valor lo hace la colectividad. Puede ser bueno o malo, fundado o infundado, estabilizado o cambiante. Es el respeto de los demás, una forma del reconocimiento del honor.

La diversa posición social del sujeto incide sobre la esfera del honor que es previsto como hecho psicológico y, por tanto, variable en su identidad y en sus dimensiones. Tiene un grado de tutela mayor cuanto más elevado es el rango social y el prestigio del ofendido⁽³⁴²⁾. Una persona famosa tiene una mayor área propicia para la ofensa frente a actos que la disminuyen, siendo más extendida la posibilidad de lesionarla⁽³⁴³⁾.

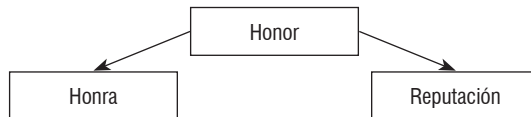
Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽³⁴⁴⁾, Reputación. (Del lat. *reputatio*, -ōnis). 1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo. 2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo.

Sócrates decía alcanzará buena reputación esforzándote en lo que quieres parecer.

De acuerdo a lo que hago, me comporto u opino, me reconocen y aprecian. La nuevas tecnologías y las redes sociales han redimensionado la reputación, hoy se habla de *on line reputation* o reputación en línea (e-reputación), que tan fiable, confiable y moral son las opiniones de los usuarios del Internet, configurándose el denominado derecho al olvido.

9.2. Sentido unívoco del honor

Tenemos así que el *genus* es el honor, la *spes* la honra y la reputación.



Honra y reputación, dos aspectos o facetas de un mismo derecho, el derecho al honor⁽³⁴⁵⁾. En el fondo, ambos derechos están vinculados, relacionados, se complementan entre sí, están unidos por un mismo sentir, la dignidad de la persona, el valor de la misma. La persona no puede

(342) LIOTTA, Maurizio: (voz) “Onore (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 204.

(343) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 81.

(344) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(345) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 700.

encerrarse en su sentido subjetivo prescindiendo del objetivo, como manifiesta Carrasco⁽³⁴⁶⁾ (España SSTS, 7/3/2006 y 22/7/2008), debe valerse de ambos para una plena realización de su ser.

10. ACTOS ILÍCITOS

La violación del derecho al honor hiere el alma.

La ofensa o tentativa contra el honor puede concretarse por actos, palabras o gestos, de forma oral (agravios) o escrita (libelo), con difusión o sin ella. No es necesaria la violencia, puede, incluso, haber consentimiento o colaboración de la víctima⁽³⁴⁷⁾.

Existen determinados actos que atentan contra el derecho al honor, siendo tipificados por el Código Penal como delitos contra el honor.

- Injuria, art.130, CP, se le llama *insult*.
- Calumnia, art.131, CP, se le llama *libel*.
- Difamación, art.132, CP, se le llama *slander*.

Lo cierto es que ciertos países van tendiendo a su despenalización al tratarse de un tema jurídico de orden meramente indemnizatorio, civil.

Otros actos que atentan contra el honor pero que no son delito, por ejemplo: las casuales de injuria grave o la conducta deshonrosa, las casuales de indignidad o desheredación.

Casuística: Sanciona los actos de humillación, ofensa, vergüenza, constreñimiento, también, como dice Ferrara⁽³⁴⁸⁾ –reconociendo en alguna forma el derecho al secreto o el derecho a la reserva del deshonor– se

(346) CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 96.

(347) “Son los hechos que se juzgan gravemente atentatorios contra la integridad moral. El acusado, tras pintar en la espalda de su esposa la palabra ‘puta’, la llevó a un transitado barrio y allí la abandonó completamente desnuda en contra de su voluntad. No elimina la tipicidad de la conducta el que esta no viniera acompañada de fuerza física cuando se han usado otros medios idóneos para producir angustia y temor en la víctima, como así fue, siendo clara la intención del acusado de humillar a su esposa”. Vid. “Delito contra la integridad moral: acusado que abandona completamente desnuda a su esposa en una calle muy transitada con un grave insulto escrito en su espalda” (AP Las Palmas, 2ª, S 3 Jun. 2013. Rec. 15/2013), en: *Diario La Ley*, Nº 8182, Sección Jurisprudencia, 31 Oct. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 5274/2013 - España.

(348) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 146.

atenta contra el honor cuando se revela de forma innecesaria las flaquezas y miserias de una persona.

Casos variados en los que se ofende el honor:

- *Sexting*⁽³⁴⁹⁾.
- *Grooming*⁽³⁵⁰⁾.
- Acoso sexual⁽³⁵¹⁾.
- Frases ofensivas.
- Inclusión indebida en lista de morosos o centrales de riesgo, cuando la deuda no es cierta, vencida y exigible.
- Actos deshonorosos (dar un beso sin autorización, sea *osculum*, *baisium* o *savolium*).
- Colgando falsa información en las redes sociales, reputación *on line*.
- Pedir a una escolar un certificado de virginidad para que continúe estudiando⁽³⁵²⁾.

(349) Contracción de *sex* y *texting*, también llamado sexteo, es el envío por medios tecnológicos (WhatsApp, email, youtube, msm, twitter, redes sociales) de imágenes eróticas o sexuales caseras producidas y remitidas por el propio protagonista, perdiendo este el control sobre la futura difusión. Afecta la imagen, honor e intimidad. En algunos países es un delito, como es el caso de España que lo denomina **delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento**. Vid. MARTÍNEZ OTERO, Juan María: “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4. bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: Diario *La Ley*, Nº 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 8718/2013).

(350) Acoso por internet, sobre todo de mayores respecto de menores de edad.

(351) “Desde el inicio de la relación laboral en el 2009 la trabajadora con categoría profesional reconocida de ingeniero técnico, oía a su superior jerárquico dirigirse a ella –tanto en privado como en el curso de reuniones en presencia de otros compañeros o de clientes– con expresiones verbales vejatorias, de carácter machista y contenido sexual, tales como: ‘... a ver el culo que no lo he visto, no ... si lo estiras más se te van a salir las tetas ...’, ‘... que baje a por el café porque es mujer y por tanto esclava ...’ o ‘... que está en la oficina para mirarla...’”. Vid. “Expresiones con contenido libidinoso sobre subalterna que dan lugar a indemnización por daños morales” (TSJ Aragón Sala Social, S 317/2013 1 Jul. 2013. Rec. 235/2013), en: *Diario La Ley*, Nº 8182, Sección La Sentencia del día, 31 oct. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 4148/2013 - España.

(352) <www.rpp.com.pe>, consultado el 19/10/2004.

- Cuando se omiten datos de importancia de un sujeto (ofensa de contenido omisivo⁽³⁵³⁾).

Otras que son vetadas, como:

- Penas infamantes, aquellas que quitan el honor a la persona condenada (horca, azotes, la guillotina, el garrote).

Así también, el honor puede ser violado a través de otros derechos: difundiendo una imagen (desnudos, poses ridículas) o apropiándose a aprovechándose de un nombre⁽³⁵⁴⁾.

El honor es una cualidad que puede ser herida, sufrir menosprecio, el denominado desdoro. Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽³⁵⁵⁾ Desdoro. (De *desdorar*). 1. m. Menoscabo en la reputación, fama o prestigio. Desdorar es mancillar la reputación o la fama. De allí que se viabilicen la querrela criminal - *criminal libel* contra el presunto autor.

Su reparación es variable:

- Acto de retracción.
- Sentencia condenatoria.
- Indemnización pecuniaria.
- Acto de desagravio (publicación).
- Derecho de respuesta o de rectificación.

De todas las formas de reparación, la reparación económica termina siendo la más discutible tomando en cuenta que el honor no es valuable, dimensionable en dinero⁽³⁵⁶⁾.

La violación del honor deja huella, marca. Es una impronta. Y puede quedar en la historia del sujeto. La historia clínica del honor son los antecedentes penales, judiciales y policiales⁽³⁵⁷⁾.

(353) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p.705.

(354) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 82.

(355) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(356) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 95.

(357) VARSÍ, Enrique: @enriquevarsi. 28/09/2013, 8:39 am. Tweet.

11. ACTOS LÍCITOS

Existen determinados actos que a pesar de lesionar el derecho al honor lo hacen de forma legítima, no siendo tipificados por el Código Penal como delitos.

Ya hemos mencionado que el derecho al honor es un derecho relativo y, como tal, existen algunos actos que de manera lícita pueden implicar lesiones al reconocimiento personal y/o social de una persona, como por ejemplo:

- Dar a conocer la comisión de un hecho delictivo.
- Registros de información pública de deudores de obligaciones de dar suma de dinero. Registro de deudores alimentarios.
- Injurias recíprocas (art. 137, CP).
- Excusas absolutorias penales o conductas atípicas, no se comete injuria ni difamación cuando se trata de: 1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez. 2. Críticas literarias, artísticas o científicas. 3. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones (art. 133, CP).
- Actos con *animus jocandi*, representaciones humorísticas, derecho a la sátira.
- Sedación de pacientes terminales no afecta su honor⁽³⁵⁸⁾.

12. BASE LEGAL

El tratamiento legal de la honra se encuentra salvaguardado en las principales normas nacionales.

- Constitución Política del Perú: art. 2 inciso 7: “Toda persona tiene derecho (...) al honor y a la buena reputación (...)” Igual al tratamiento que le dio la Constitución de 1979 (art. 2, inc. 5).

(358) Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, Sentencia de 30 Mar. 2012, rec. 902/2011. En: Diario *La Ley*, N° 7929, Sección Jurisprudencia, Editorial La Ley, España. La Ley 90234/2012.

- Código Civil:
 - Artículo 5: “El derecho (...) al honor (...)”.
 - Artículo 15.- “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde”.
 - Artículo 288.- “Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”.
 - Artículo 289.- “Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia”.
 - Artículo 277, inc.5.- Vida deshonrosa como causal de anulabilidad de matrimonio.
 - Artículo 333, inc. 1.- Adulterio, inc. 4. Injuria grave, inc.6.- Conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos o divorcio.
 - Artículo 454.- “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”.
 - Artículo 744, inc. 1.- Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si este es también ascendiente del ofensor, inc.4.- Vida deshonrosa como causal de desheredación.

13. *EXCEPTIO VERITATIS*

Denominada excepción de verdad o excepción de veracidad. También derecho a la verdad.

Constituye un mecanismo jurídico de defensa frente a la imputación de actos lesivos al honor y/o intimidad de una persona, alegando que la información o los datos, a los que se ha tenido acceso y se han divulgado, corresponden a la realidad, vale decir, son verdaderos, eximiéndose quien los dice de responsabilidad.

Surge la interrogante de si la verdad de la información es suficientemente trascendente como para justificar actos lesivos de la persona que atenten contra su honor, siendo la respuesta negativa, así no porque sea verdad puedo herir o dañar con mis actos el honor e intimidad de una persona. Por más que un hombre sea estafador, no puedo achacarle en público dicha calidad, muchas veces la verdad divulgada produce tanto o más daño que una falsa imputación⁽³⁵⁹⁾.

Nuestro CP trata sobre la **prueba de la verdad de las imputaciones** (art. 134).- El autor del delito previsto en el artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones solo en los casos siguientes: 1. Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones. 2. Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida. 3. Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia. 4. Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido. Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena.

(359) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 562.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo I, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ALMAGRO NOSETE, José. “El ‘honor’ de la SGAE y la libertad de expresión”. Diario *La Ley*, N° 7931, Sección Columna, 26 Sep. 2012, Editorial La Ley, España.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, Sentencia de 30 Mar. 2012, rec. 902/2011, en: Diario *La Ley*, N° 7929, Sección Jurisprudencia, Editorial La Ley, España. La Ley 90234/2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “Vulneración del derecho al honor en los casos de imputación a una persona de la condición de morosa”. En: Diario *La Ley*, N° 8073, Sección Doctrina, 30 Abr. 2013, año XXXIV, Editorial La Ley, España, La Ley 1991/2013.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. “Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato”. En: *La Ley*, Año LXXVII N° 232, Tomo La Ley 2013-F, miércoles 11 de diciembre de 2013.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LIOTTA, Maurizio: (voz) “Onore (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4. bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: Diario *La Ley*, N° 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961.
- PATRONO, Paolo: (voz) “Privacy (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo III, Buenos Aires, Ejea, 1983.
- SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes. “Protección al derecho al honor. La calumnia y la injuria”. En: Diario *La Ley*, N° 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial La Ley, España.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, 2000.

SUBCAPÍTULO QUINTO

DERECHO A LA INTIMIDAD

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Antecedentes. 3. Concepto. 4. Denominación. 4.1. Derechos derivados más que otras denominaciones. 5. Definición. 6. Fundamento. 7. Titulares. 7.1. Concebido. 7.2. Persona natural. 7.3. Persona jurídica y ente no personificado. 8. Naturaleza jurídica. 9. Características. 10. Clases. 10.1. Intimidad personal. 10.2. Intimidad familiar. 10.3. Intimidad social. 10.4. Intimidad institucional. 10.5. Intimidad especial. 10.6. Intimidad genética. 11. Elementos. 12. Actos ilícitos. 12.1. Intromisión. 12.2. Difusión. 13. Actos lícitos. 14. Base legal. 15. Derecho al secreto profesional.

1

DERECHO A LA INTIMIDAD ESPECIAL.

INTIMIDAD COMUNICACIONAL

1. Generalidades. 2. Fundamento. 3. Contenido. 3.1. Formas de comunicación protegidas. 3.2. Carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar. 3.3. Prohibición de ser interceptadas o divulgadas. 3.4. Permisibilidad del autor y, en su caso, del destinatario. 3.5. Derecho sucesorio y defensa de la reserva comunicacional. 3.6. Prohibición de la publicación póstuma. 4. Base legal.

1. GENERALIDADES

Todo ser humano tiene un mundo interno.

Una vida reservada, secreta, *de sí y para sí* que conforma su interioridad. En ella se reúnen aspectos personales, familiares y sociales que por su esencia pertenecen solo y exclusivamente a su titular. Nadie debe conocerlos ni divulgarlos; su contenido solo es de interés de su titular, de allí que naturalmente busque ocultarlo a la curiosidad ajena⁽³⁶⁰⁾.

Lo discreto de la vida del ser requiere ser cautelado y protegido. La ley implementa el secreto y confidencialidad frente a este ámbito de la vida humana, la privacidad.

El hombre concentra en su núcleo existencial una serie de datos e información propísima que amerita protección a fin de mantener exento, libre de intromisiones, logrando la paz, tranquilidad, sosiego, sin mortificaciones, viviendo la vida de la mano con esa interioridad que cada uno de nosotros tenemos.

Lo contrario, que los demás conozcan parte de nuestra vida interna, ocasionaría incomodidad, fastidio, inseguridad en el sujeto, angustia, fastidio, sinvivir.

2. ANTECEDENTES

La doctrina en general⁽³⁶¹⁾ es unánime en señalar que el origen de este derecho se encuentra en el sistema jurídico norteamericano, básicamente

(360) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p.86.

(361) NIEVES SALDAÑA, María. "El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación

en la obra de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis⁽³⁶²⁾, abogados de Boston, quienes expusieron el denominado *the right to be let alone*, derecho a ser dejado en paz, a propósito de la intrusión a la vida privada que Warren había sido pasible por la prensa sensacionalista desde que se casó con la hija de un senador y la vida dispendiosa que empezó a llevar. Sin embargo, este derecho tiene un precedente en el pensamiento del juez Thomas A. Cooley quien se había manifestado allá por el 1879 por la existencia acerca *the right to be let alone* en la primera edición de su obra *Treatise on the Law of Torts*⁽³⁶³⁾ considerando que la Cuarta y Quinta Enmiendas son vehículos de protección de la esfera privada de la persona.

Sin duda, en la concepción de Cooley está presente el principio básico heredado del Derecho inglés *a man's house as his castle* (la casa de cada uno es su castillo) que confiere al hogar del individuo la máxima protección personal.

Sin embargo, es a partir de los casos *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* - Courto of Appeals NY - 1902 y *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* - Supremo Tribunal de Georgia - 1905 (ambos referidos al uso indebido de la imagen para una publicidad) que los casos empiezan a multiplicarse⁽³⁶⁴⁾.

3. CONCEPTO

Intimidad es aislamiento, retiro, soledad, paz interior (*peace of mind*).

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽³⁶⁵⁾, Intimidad 1. Amistad íntima. 2. f. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. A su vez, Privacidad.

diacrónica a los intereses constitucionales en juego”. En: UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 28, 2011, pp. 279-312. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 543. MORALES GODO, Juan: *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 248. <www.researchgate.net/publication/26600864.../9fcfd50c0e80a936e0.pdf> [setiembre de 2013].

(362) WARREN, S. y BRANDEIS, L. D. “The Right to Privacy”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 4, Núm. 5, 1890.

(363) COOLEY, Th. M., A. *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*, Callaghan, Chicago, 1879, p. 29.

(364) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 250 y 251.

(365) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

1. f. Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

El hombre no solo posee vida biológica sino también vida biográfica⁽³⁶⁶⁾.

Esa biografía se escribe con la vida de relación. A través de ella interactúa, vivencia y relaciona con los demás, exponiéndose, exteriorizándose, lo cual amerita una protección a la esfera interior de su ser, a su ser psicofísico y espiritual, a su intimidad.

La persona tiene algo de sí que solo es para sí. Cada uno de nosotros tenemos una vida propia, nuestra, de nadie más. Una vida personal exclusiva y excluyente, un sector de la persona que le es propio y que puede excluir del acceso de terceros⁽³⁶⁷⁾. Y es que la intimidad se identifica con el ámbito de actuación de cualquier persona intrascendente para los demás y que debe ser respetado, con carácter general, por todos⁽³⁶⁸⁾. Cada uno tiene el derecho de resguardarse de los sentidos ajenos, principalmente de la vista y oídos de otros⁽³⁶⁹⁾. Las vidas y quehaceres de las personas no son los mismos “nadie puede haber tenido mi misma vida ni nadie podrá pasar por todo lo que otros han pasado”. Mi vida es mía, mía de mí y de nadie más, porque está amalgamada de experiencias, hechos, acontecimientos personales. Soy dueño y señor de mi vida. Ni al Estado, ni a mi cónyuge, menos ni a mi padre, hijo o hermano le interesan mis secretos⁽³⁷⁰⁾ (lo cual es discutible pues en alguna manera tiene derecho a conocer mis ingresos, pago de tributos, salud, antecedentes médicos). La esencia de la intimidad radica en el aspecto interior y propio del individuo, vinculado a la soledad que le permite desarrollarse y cultivarse, apartado de los demás. Es una forma de derecho de vivir independientemente la propia vida, con un mínimo de injerencia ajena⁽³⁷¹⁾. A decir del maestro Fernández Sessarego,

(366) HORTTA V, Edwin de J. “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... consecuencias de su desconocimiento o negación”. En: *Dikaion* (Lo justo). Revista de fundamentación jurídica. N° 2. Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana. Bogotá, 1988, pp. 75 y 76.

(367) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 657.

(368) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 1690.

(369) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, pp. 157 y 158.

(370) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, 2000, p. 401.

(371) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 87.

“la persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados”⁽³⁷²⁾, *i.e.* el derecho a la intimidad permite mantener las mínimas condiciones para la vida en sociedad.

Es el control y disposición de nuestra información que en pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica poseemos (autodeterminación informativa) deriva y se plasma en el derecho a la intimidad.

4. DENOMINACIÓN

Se le denomina de diversas maneras, como:

- Derecho al retiro.
- Derecho al secreto.
- Derecho a la cautela.
- Derecho a la reserva.
- Derecho a la soledad.
- Derecho a la privacidad.
- Derecho a la opacidad.
- Derecho a vivir en paz.
- Derecho a la privacidad.
- Derecho a la tranquilidad.
- Derecho a la esfera privada.
- Derecho a velar por la intimidad⁽³⁷³⁾.
- Derecho a ser protegido en la vida privada.
- Derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada.

(372) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 158.

(373) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 157 y ss.

En el Derecho comparado *Privatssphäre* (esfera privada), *Geheimnsphäre* (esfera secreta) (Alemania), *diritto alla riservatezza, diritto a la vita privata, diritto a la integritá privati* (Italia), *droit a l'intimité, droit à la vie privée, secret à la vie privée, droit a la intimité*, (Francia), *right of privacy* (Inglés), *direito á reserva sobre intimidade da vida privada* (Portugal).

Se le ha vinculado, además, con el derecho a la vivencia y derecho a la vida de relación en razón de que el querer e interactuar de la persona ameritan un resguardo y cautela.

4.1. Derechos derivados más que otras denominaciones

De este derecho se desprenden otros que no necesariamente son sinónimos sino, en todo caso, derechos derivados o derechos parcelares:

- *Righth to be alone*, el derecho a estar solo, es el derecho a la soledad, el derecho a no sufrir interferencias del Estado ni de terceras personas, en asuntos que solo corresponden a la esfera de la privacidad de la persona⁽³⁷⁴⁾.
- *Righth to be forgotten*, el derecho a ser olvidado, *direito ao esquecimento*, es el derecho que tiene una persona para no permitir que un hecho, aunque fuera verdadero, que se produjo en algún momento de su vida, se exponga al público, causando peligro o molestias. Uno de los casos más sonados es el “caso Lebach” (Soldatenmord von Lebach)⁽³⁷⁵⁾. Hoy es más común con el avance de la internet. Es la facultad del titular de un dato a que este sea borrado o bloqueado y que no sea accesible por internet.
- *Righth of publicity*, es el derecho que permite el control de la explotación comercial del nombre, imagen y voz de la persona.

(374) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995, p. 95.

(375) Tribunal Constitucional alemán. En 1969 cuatro soldados alemanes murieron en Lebach, un pueblo de Alemania. Luego del proceso, los tres acusados son condenados, dos a cadena perpetua y el tercero a seis años de prisión. Este último, días antes de salir de la cárcel, se enteró de que un canal de televisión mostraría un documental sobre el crimen en el que se presentaría, incluso, imágenes de los condenados y la insinuación de una supuesta homosexualidad. El afectado presentó una acción inhibitoria para evitar la difusión del programa. El Tribunal Constitucional alemán dictaminó que la protección constitucional de la personalidad no admite que la prensa opere de forma indefinida en contra de la persona y su vida privada. La divulgación del informe causaría un daño al preso, que ya había cumplido su condena y tenía el derecho de volver a socializar, lo que sin duda sería muy difícil con la nueva declaración de caso. La protección de la persona debe tener prioridad en relación con la libertad de información. Por tanto se prohibió la estación para mostrar el documental.

- *Derecho a no saber*, existen circunstancias en las que la persona opta por no recibir información, desconocer. La mayoría de veces se ejerce este derecho en temas como daños o imperfecciones biológicas, genéticas del individuo.
- *Derecho a saber*, facultad de acceder a la información personal que tiene bajo su custodia un profesional o autoridad pública. Es un derecho fundamental basado en el hecho de conocer la información personal, con la correspondiente protección de datos y de la intimidad. Está relacionado con las prácticas médicas.
- *Autodeterminación informativa*, está considerada como una reformulación de la intimidad, que se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente –pero no exclusivamente– los almacenados en medios informáticos. El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos.

Del *right of privacy* se desprende, como lo cita doctrina local⁽³⁷⁶⁾:

- *Privacy of disclosure*, se protege a la persona en sí. *Disclosure*, divulgación. Es el derecho a controlar la información. Una forma de tutela amplia, no está vinculada a lugares físicos ni habitualidades, sino al individuo por se, a la información personal.

En el ámbito laboral se presenta como el derecho a elegir decirle a quien será tu empleador respecto de alguna discapacidad con las que cuenta, debido a que no hay ninguna obligación legal que te exija mencionarla salvo que dicha discapacidad afecte tu desenvolvimiento en el trabajo o tu habilidad para trabajar de forma segura. No se necesita revelar información personal acerca de la discapacidad⁽³⁷⁷⁾.

El *public disclosure* surge cuando una persona revela información que no es de interés público y la revelación ofende a una persona razonable (*reasonable person*).

(376) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 544 y ss.

(377) <<http://jobaccess.gov.au/content/disclosure-and-privacy>>, consultado el 16/10/2013.

- *Privacy of autonomy*, se protege decisiones que el sujeto toma o desenvuelve en su propia casa (*privacy at home; my home, my castle*) incluso decisiones vitales del mismo.

Se dice que la privacidad es el *genus* y la intimidad la *spes*. La primera más extensa, la segunda más precisa (salir al cine no es íntimo pero sí privado). La intimidad sería la parte más reservada y la privacidad podría abarcar situaciones que no, necesariamente, podrían ser catalogadas de íntimas. Algunos sistemas, como el francés⁽³⁷⁸⁾, con base en el nivel de afectación, catalogan este derecho en dos dimensiones:

- El respeto a la vida privada, protege de situaciones simples.
- La intimidad de la vida privada, protege de situaciones graves o extremas.

Otros, como el portugués, lo denominan (art. 80 CC):

- Derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada.

5. DEFINICIÓN

Este derecho se orienta a garantizar el desarrollo de la vida privada del individuo; implica la reserva de un sector personal, que es negado su acceso.

Para Patrono⁽³⁷⁹⁾ el derecho de la *privacy* es un derecho exclusivamente reconocido en el interés del individuo tendiente a crear una zona de opacidad relativa a los datos personales, un verdadero y propio interés de la colectividad que permitiría una más amplia zona de transparencia relacionadas a una serie de datos que se encuentran en poder de organismos públicos y privados. Cifuentes⁽³⁸⁰⁾ “es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y en interés público”.

(378) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 548.

(379) PATRONO, Paolo: (voz) “Privacy e vita privata”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, pp. 560 y 561.

(380) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Ob. cit., p. 544.

Para Morales Godo⁽³⁸¹⁾ es aquel derecho que le permite al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, soledad, quietud, evitando las interferencias de la autoridad o de terceros, así como la divulgación de hechos reservados, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de la personalidad. Según Espinoza Espinoza⁽³⁸²⁾ el derecho a la intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su consentimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio. En el mismo sentido, Gutiérrez Duany y Lavarello⁽³⁸³⁾ consideran que es el derecho de la persona que le permite ser respetada su vida privada, a afectos de que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o perturbando de otro modo su privacidad.

El derecho a la intimidad permite la reserva, secreto y confidencialidad. Es la vigilia a la vida privada del ser humano, el estar exento, libre de intromisiones a fin de que se nos deje vivir tranquilos, en paz, sin mortificaciones, con sosiego de nuestras virtudes. Implica un control y disposición de nuestra información que en pensamientos, datos, experiencias y estructura biosocial poseemos (autodeterminación informativa).

Como derecho la intimidad permite mantener la esfera de la vida personal ajena a la interferencia de terceros.

6. FUNDAMENTO

El derecho a la intimidad tiene su fundamento en la tutela y protección del mundo privado, personal, familiar, social del individuo, así como la protección y correcto uso de los datos y la información que pertenecen a la persona y que solo a esta, en calidad de titular, corresponde determinar con quién desea compartir dicha información. A decir de Menezes

(381) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, p. 114.

(382) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 526.

(383) GUTIÉRREZ DUANY, María y LAVARELLO ALBA, Gianella. "Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 13. Año 1997, Lima, pp. 97 y 106.

Cordeiro⁽³⁸⁴⁾ la intimidad como derecho postula una libertad fundamental: que cada uno tiene de, sin perjudicar a terceros, orientar su vida privada como la entienda.

La intimidad como derecho comprende en lo que se refiere a la vida privada:

- Reserva y cautela.
- Reconocimiento del carácter intangible⁽³⁸⁵⁾ e inaccesible.
- Evita manejo e instrumentalización.

Para Patronno⁽³⁸⁶⁾ la *privacy* tiene un doble contenido fundamental:

- a) El tradicional referido al derecho a ser dejado solo, que puede definirse como el derecho al conocimiento exclusivo de los acontecimientos relativos a su propia vida privada: ausencia, por lo tanto, de información sobre nosotros mismos, por parte de los otros.
- b) Lo referente al derecho-interés del control sobre los propios datos personales.

Este derecho se ha ampliado y expuesto en los últimos años como consecuencia de los avances de la tecnología, la informática y la trascendencia de los medios de comunicación (*reality show* - Gran Hermano), lo cual da lugar a mayores posibilidades de su violación, básicamente a través de las bases de datos y el Internet (redes sociales, Facebook, blogósfera, motores de búsqueda); incluso, podemos referirnos a un **derecho a ser olvidado en Internet** de forma que el titular de datos puede solicitar pedir a un proveedor de servicio de motor de búsqueda que elimine de índice su nombre y apellidos en relación con una específica página web

(384) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 248.

(385) La jurisprudencia boliviana ha considerado que “el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune de intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto” (C.S. 1420/2004, 6/0/2004). CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo: *Derechos de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*, Gaviota del Sur, Bolivia, Sucre, 2010, p. 43

(386) PATRONNO, Paolo. (voz) “Privacy (diritto all’)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 560.

cuando existan razones legítimas propias de su situación particular, conforme lo permite la Directiva 95/46/CE⁽³⁸⁷⁾.

En esta línea, como sostiene Tobías⁽³⁸⁸⁾, son tiempos en que la tutela jurídica de la vida privada tiene una dimensión especial y es que, como dice Cifuentes⁽³⁸⁹⁾, la sociedad de la máquina y de la técnica pone al desnudo la urgencia de velar por el bien de la reserva individual.

Niveles o esferas de la intimidad. Para todos es conocido que la intimidad tiene niveles. No toda la vida privada de una persona merece similar protección, de allí que se hable de datos sensibles⁽³⁹⁰⁾ o supersensibles⁽³⁹¹⁾, por lo que merecen una protección especial. En esta línea tenemos a la denominada **Teoría de las esferas** (*Spärentheorie*) fue esbozada por Heinrich Hubmann⁽³⁹²⁾. Divide en cinco esferas la vida de una persona:

- 1) Pública (personas públicas).
- 2) Individual - social (las relaciones de una persona con su medio).
- 3) Privada (círculo de familiares y allegados).
- 4) Secreta (el sujeto decide no revelar a nadie).
- 5) Íntima (vida sentimental y familiar).

(387) GUEVARA PALACIOS, Augusto M. "El derecho a ser olvidado en Internet. El caso 'Google' en la justicia europea". En: *La Ley*, viernes 10 de enero de 2014, Año XXVII N° 7, Tomo La Ley 2014-A, p. 1.

(388) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 656.

(389) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 545.

(390) Los datos sensibles son aquellos que contienen información significativa y substancial de la persona relacionada con lo más íntimo de su ser y en tal sentido se busca que no trasciendan de la esfera de la vida privada del sujeto o del núcleo en el cual este se desarrolla. Los datos sensibles son de dos órdenes, los que hacen referencia a la ideología, opiniones políticas, tendencia sindical, convicciones religiosas o filosóficas, creencias o cultos, estos solo pueden ser tratados con el consentimiento de su titular y aquellos otros como el origen racial o étnico, salud, vida sexual que solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo permita su titular o lo establezca la ley.

(391) Carlos María Romeo Casabona nos dice que: "Su calificación como datos supersensibles implica el establecimiento de garantías reforzadas de protección, como es vedar el acceso a la información y su tratamiento en archivos automatizados si no media el consentimiento del afectado, o limitar en otro caso –por lo general con reserva de ley–, tal acceso y su utilización, a parte de la utilización de otros procedimientos de seguridad, como son la disociación y anonimización de los datos y las medidas de carácter técnico". *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra de Derecho y genoma Humano, Bilbao, 2002, p. 68.

(392) HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953.

Según las esferas estas van de los más accesible a lo más reservado, de los más menos vulnerable a lo más protegido. De esta manera lo íntimo (la esfera 5) es el núcleo duro que merece la máxima protección y reserva. Las esfera privada (3), secreta (4) e íntima (5) nunca son accesibles sin autorización; ninguna notoriedad, cargo, exigencias de policía o de la justicia o finalidades científicas, didácticas o culturales permitirían una invasión⁽³⁹³⁾.

7. TITULARES

Como derecho personalísimo, los titulares son todos los sujetos de derecho, *i.e.* el concebido, las personas naturales, las personas jurídicas y los entes no personificados.

7.1. Concebido

No obstante su estado biológico y legal, el concebido es titular legítimo de este derecho, el cual es ejercido mediante interpósita persona, por representantes o tutores.

7.2. Persona natural

Todas las personas naturales gozan de este derecho: los incapaces, absolutos y relativos, con o sin discernimiento; los famosos o recoletos; menores y adultos.

En este grupo merecen especial tratamiento las personas o figuras públicas (artistas, políticos, futbolistas, *craks*, ídolos, celebridades, gente de la farándula) que, dada su reconocimiento social y su extrovertida vida, están más expuestas a las curiosidades, figoneos e intromisiones en su intimidad⁽³⁹⁴⁾ sobre todo cuando se contraponen el derecho a la intimidad con el derecho a la información. En esta clase de personas es posible difundir ciertos aspectos que conciernen a su privacidad, no obstante alguna intimidad ha de ser resguardada por más pública que fuera la persona en razón de que es una exigencia existencial⁽³⁹⁵⁾. Gozan de una zona pública, en mérito a su actividad y una zona privada, en razón de su vida

(393) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 240 y 214.

(394) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p.660.

(395) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, 4ª edición, 3ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 89.

personal⁽³⁹⁶⁾. La esfera privada de estos personajes puede ser fuertemente suprimida, sin que pueda hablarse de un atentado a la privacidad⁽³⁹⁷⁾.

7.3. Persona jurídica y ente no personificado

Si bien en los entes colectivos no está estructurado con base en relaciones personales ni familiares innatas, sí cuenta con relaciones sociales o de grupo que pueden verse afectadas por la intromisión de terceros, tal es el caso de la violación de la correspondencia, la violación del domicilio, la violación de su tranquilidad, así como su derecho al buen nombre.

Las personas colectivas gozan de este derecho dentro de una permisión legal, en la que la ley positiva les concede una protección especial para ciertas manifestaciones de su vida jurídica.

Este criterio no es compartido por Tobías⁽³⁹⁸⁾, quien manifiesta que la intimidad solo es compatible con la persona humana, las jurídicas carecen de intimidad o vida privada, no obstante son titulares de un interés jurídico de mantener la reserva en lo referente a aspectos de su funcionamiento.

No son titulares del derecho a la intimidad

- El cadáver

El cadáver en sí no tiene derechos propiamente dichos.

La memoria del difunto es una forma de continuación de los derechos que en vida tuvo la persona, algo así como la “prolongación de la personalidad”. Básicamente comporta la regulación de los derechos al honor, intimidad, imagen y voz sucedido que fuera el fallecimiento. Dado que la muerte extinguió los derechos, pero permanece la esencia de los mismos, estos son cautelados a través de la *trascendencia post mortem* del ser humano que la doctrina denomina *memoria defuncti*, y así es tratada en la doctrina –no *expresis verbis* en el Código Civil–. De esta manera, se dice que quien goza de la protección de la reserva de la memoria del difunto

(396) ESPAÑA. “El Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la intimidad de quien ejerce un cargo público cuando la intromisión afecta a su vida privada” (TC, Sala Segunda, S 21 Oct. 2013. Rec. 1783/2010). Diario La Ley, N° 8215, Sección La Sentencia del día, 19 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 5530/2013. www.laley.es 19/12/2013.

(397) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 254.

(398) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 662.

son sus familiares (que actúan como prolongación espiritual del cadáver). Lete del Río considera que: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe ser tutelada por el Derecho”⁽³⁹⁹⁾. Así de las cosas, la muerte deja un recuerdo de la vida de los parientes que merece ser garantizado por el Derecho a través de la memoria (*ipsa mens, quae futura videt, praeterita meminit*, Cicerón).

Muerto el sujeto, sus derechos se extinguen y pasan a sus herederos. Para Lasarte⁽⁴⁰⁰⁾ son estos quienes los ejercen a fin de honrar la memoria de sus muertos, lo que se denomina protección de la memoria de los difuntos, que algunos llaman *protección de la personalidad pretérita*; esta forma de cautela es extraña al Derecho, es típico de normas religiosas o convenciones sociales de índole extrajurídico.

8. NATURALEZA JURÍDICA

El derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, fundamental.

Es un derecho fundado en la medida en que se desprenden del derecho a la integridad moral y se relaciona con dos derechos esenciales como son: el derecho a la identidad (datos e información que singularizan al sujeto) y el derecho al honor (protección a la información del sujeto implica resguardo a su dignidad).

Podemos decir que la integridad (física) es el espejo que refleja la forma del ser; mientras que la intimidad (integridad moral) es la contracara del espejo, la parte opaca de este que nadie debe conocer, solo el titular, pues de ella forma su personalidad.

9. CARACTERÍSTICAS

El derecho a la intimidad tiene las siguientes características:

Es un **derecho innato**. Surge con el ser humano, desde el inicio de la vida, e incluso perdura hasta después de la muerte trascendiendo a los

(399) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.

(400) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 157.

familiares, como dice Rubio Correa⁽⁴⁰¹⁾, el derecho a la intimidad sobrevive a la persona, desaparecida esta, el derecho a su intimidad sigue custodiado. Tiene intimidad todo sujeto de derecho.

Es un **derecho personalísimo, extrapatrimonial**, ya que ningún aspecto de este derecho puede ser plasmado económicamente.

Es un **derecho fundado**, consecuencia de otros derechos personalísimos como, por ejemplo, el derecho a la integridad moral, el derecho a la identidad y al honor. Puig Ferriol⁽⁴⁰²⁾ nos dice que es un derecho afín al honor, una manifestación del mismo, aunque, lo cierto técnicamente es que se trata de un derecho independiente, uno y otro no pueden ser confundidos entre sí⁽⁴⁰³⁾.

Es un **derecho indisponible**, no puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito. Se encuentra fuera del comercio de los hombres.

Es un **derecho pluridimensional**, podemos hablar de intimidad personal, intimidad familiar, intimidad social, etc.

- **Puede aplicarse a la persona jurídica** como entidad colectiva, ya que existen datos e información propias de esta, relacionados con su vida, existencia y desarrollo institucional que solo conciernen a la persona jurídica.
- **Es un derecho relativo**, existen actos legítimos que implican lesiones a este derecho, como las intrusiones y/o divulgaciones consentidas, interceptaciones telefónicas, datos e información de interés público, mandatos judiciales de levantamiento de información, etc.
- Es un derecho **internalizante**, tiene como fuente básica proteger la interioridad de la persona.
- El derecho a la intimidad **trasciende la muerte**, el cadáver como objeto de derecho especial mantiene el derecho al respecto de los datos e información relacionados con su vida personal, familiar y amical.

(401) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 91.

(402) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 100 y 101.

(403) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 91.

- Es un **derecho contra el Estado**⁽⁴⁰⁴⁾ de allí que solo pueda investigarse en dicho campo con la cobertura de leyes constitucionales y en lo estrictamente necesario.
- Es un **derecho de exclusión**, en este sentido se considera que se trata de un derecho subjetivo *excludendi alios*, es decir, un derecho de exigir un comportamiento negativo de los otros, protegiendo un bien innato, valiéndose de la acción judicial⁽⁴⁰⁵⁾. De acuerdo a Carrasco⁽⁴⁰⁶⁾, es un derecho de exclusión de las injerencias de terceros en el espacio de la vida privada y familiar de las personas. En la misma línea Bittar⁽⁴⁰⁷⁾ nos dice que se trata de un derecho negativo, o sea expreso exactamente por la no exposición a conocimiento de terceros de elementos particulares de la esfera reservada del titular.

10. CLASES

El derecho a la intimidad puede ser de las siguientes clases:

10.1. Intimidad personal

Relacionada con los datos e información que pertenecen única y exclusivamente al sujeto, relacionado con sus asuntos como son sus relaciones familiares, costumbres, prácticas, salud, comunicaciones personales, creencias religiosas, secretos profesionales y todo comportamiento del individuo que únicamente compete a él.

10.2. Intimidad familiar

Compuesta por el conjunto de datos e información que pertenecen a la esfera familiar de la persona. Esencialmente, responde al secreto y a la privacidad del núcleo familiar.

(404) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 248 y 249.

(405) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 120.

(406) CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 97.

(407) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 112.

10.3. Intimidad social

Compuesta por el conjunto de datos e información relacionadas con el entorno grupal, amical, laboral. Involucra las relaciones del individuo en un círculo social determinado.

10.4. Intimidad institucional

Denominación que se aplica al derecho a la intimidad que le compete a las personas colectivas en lo concerniente a los datos e información relacionada con el desenvolvimiento institucional de este sujeto de derecho.

10.5. Intimidad especial

Aquella que protege y tutela aspectos muy concretos del mundo privado, personal del sujeto. Entre los principales aspectos de la intimidad especial tenemos:

- Las memorias.
- La violación del domicilio.
- La correspondencia epistolar.
- Las comunicaciones, grabaciones.
- La tutela de los derechos de autor, imagen y voz.

En el caso especial de la violación del domicilio Pontes de Miranda⁽⁴⁰⁸⁾ nos dice que no podemos confundirlo con la intimidad; más, en algunos casos, ambos derechos pueden estar envueltos; así, si A permite a B que entre a su sala de visitas, no le permite que él abra la gavetas y vea lo que allí está guardado; si así lo hace hay una violación tanto al domicilio como a la a la intimidad (considero que solo a la intimidad, mas no al domicilio. Asimismo; si B mira por la cerradura para ver qué pasa en la sala contigua, viola el domicilio y la intimidad (en este caso sí consideramos se violan ambos derechos). Cifuentes⁽⁴⁰⁹⁾ se refiere al domicilio y el ámbito privado manifestando que la tutela del espacio donde la intimidad tiene su expansión corriente se llama protección al secreto doméstico, *i.e.* el derecho al secreto de la vida doméstica.

(408) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 160.

(409) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 574.

Es íntimo el e-mail, el interior de un armario - *locker*, de un escritorio, de un carro. Es íntimo el bolsillo de la ropa, el contenido de la billetera y, ni qué decir, el de una agenda.

10.6. Intimidad genética

Es la facultad con la que cuenta toda persona a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. Es el derecho esencial que protege la intangibilidad del patrimonio genético ya que el genoma de un individuo se diferencia de otro debido a su carácter estrictamente personal. Esta información representa la más íntima del individuo que permite distinguirlo y diferenciarlo de los demás.

11. ELEMENTOS

La intimidad está compuesta por elementos naturales como: la vida privada, relaciones, experiencias, expectativas, ambiciones, deseos, vivencias, recuerdos, defectos, dolencias, taras, malformidades, éxitos, fracasos, situación económica, sentimental, etc.

Como parte de la vida interna o del conocimiento individual el derecho a la intimidad tiene ámbitos de aplicación:

- Vida interna (pensamientos, creencias, ideas, relaciones, experiencias, expectativas, ambiciones, vida amorosa, conyugal, salud).
- Vida de relación interpersonales (familia, amigos, compañías, círculos frecuentados, etc.).
- Vida de negocios (trabajo, profesión e inversiones).
- Situaciones que lindan con el secreto (información profesional, actos que vulneran el subconsciente para obtener declaraciones, tales como: hipnosis, narcoanálisis, sonambulismo inducido, suero de la verdad, detector de mentiras - polígrafo).
- Comunicación (correspondencia, espionaje, interceptación de llamadas o correspondencia, difusión de memorias).
- Localización, relacionada con los lugares o ámbitos que frecuenta una persona; dentro de este rubro tenemos la inviolabilidad del domicilio.

- Representación (imagen: fotos, caricaturas, pinturas, siluetas y voz).
- Derecho a buen nombre (uso adecuado del nombre).

Puede ser presente, así como pasada o futura.

Para Tobías⁽⁴¹⁰⁾, las manifestaciones a la intimidad son las siguientes:

- *The right to be alone*, gozar de una paz interior.
- Las verdades buenas o malas, mantener fuera del alcance de terceros temas como enfermedades, depresiones, opciones sexuales o, en su caso, maneras de ser, éxitos, logros.
- Relaciones interpersonales, relaciones amicales, de pareja, de grupo.
- Preservación de la personalidad psicológica, creencias religiosas, afinidades políticas.
- Reserva de la vida privada y domiciliaria, referida a la inviolabilidad del domicilio *my home, my castle*.
- Reserva de los datos personales, recopilación y almacenamiento de datos de la persona (datos sensibles).
- El secreto de la correspondencia epistolar y los papeles privados.
- Los datos genéticos.

Para Morales Godo⁽⁴¹¹⁾ son tres los elementos conceptuales:

- Tranquilidad, comprende los momentos de soledad, recogimiento y quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo.
- Autonomía, capacidad para tomar decisiones sobre nuestra propia existencia.
- Control de la información, posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de nuestra vida privada, así como de controlar el manejo y circulación de la información cuando ha sido confiada a un tercero.

(410) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 658 a 660.

(411) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995, p. 110 y ss.

12. ACTOS ILÍCITOS

La intimidad puede atentarse, lesionarse, violarse (*an assault on privacy*) de innumerables formas y a través de diversos mecanismos.

La afectación del derecho a la intimidad se configura a través de la simple intromisión, no siendo necesaria la difusión.

El chismoso, metiche, fisgón, intruso, husmeador, entrometido encuentra un límite en este derecho.

12.1. Intromisión

Es el acto de indagar, fisgonear, husmear, hostigar, entrometerse, realizar seguimientos, interceptar comunicaciones.

Es un entrar a conocer lo de otros. Es la acción y efecto de entrometerse en la vida ajena perturbando la paz del sujeto. Es un acto de injerencia e intrusión. Es decir, todo lo contrario a la discreción, prudencia, sensatez y tino que debe tenerse con la vida privada de otra persona.

Según López Jacoiste es “la acción de introducirse sin derecho en una dignidad, jurisdicción, oficio o propiedad, cobrando en el Derecho civil de daños de peculiar valor en cuanto injerencia en la esfera moral de otro, como incursión lesiva en una integridad espiritual y de dignidad que se debe respetar”⁽⁴¹²⁾.

La intromisión, nunca es consentida, por lo que se asume que puede ser ilícita (ilegítima) o lícita (legítima).

- Intromisión ilícita es irrumpir violentando la intimidad de una persona sin ninguna autorización o motivo justificado. Se toma únicamente como intromisión ilegítima cuando quien la realiza lo haga de manera intencionada.
- Intromisión es lícita cuando media:
 - Autorización de titular o si este ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, exclusivamente y en este orden.

(412) LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid, 1996, p. 268.

Si bien la norma no se refiere de forma al conviviente por interpretación extensiva y habiéndose reconocido derechos patrimoniales, sucesorales a la unión estable conforme a la L. 30007, resulta lógico que deba estar facultado para autorizar el uso de la voz o la imagen de quien en vida fue su compañero⁽⁴¹³⁾.

- Legal u orden judicial cuando está de por medio el interés social o una razón de orden público.

El solo acceso al conocimiento de aspectos reservados, sin justificación alguna, configura una afectación a la intimidad, *i.e.* no se requiere necesariamente de la publicitación o divulgación. Podemos decir que cuando conozco sin autorización violo intimidad y cuando lo divulgo, además, violo el honor.

Entre los diversos casos, podemos tener:

- *Sexting*⁽⁴¹⁴⁾.
- Paparazzi.
- Correos *spam*⁽⁴¹⁵⁾.

(413) VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”. Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho, en: *La Ley*, año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013, p. 5.

(414) Esta “práctica que está comenzando a extenderse entre los usuarios de las nuevas tecnologías, y que consiste en la producción y el envío de imágenes eróticas de naturaleza casera, protagonizadas por el propio emisor. La práctica del *sexting* conlleva una grave exposición de la propia intimidad, y sitúa al emisor en una situación de riesgo, en la medida en que el receptor puede a su vez difundir masivamente dicho contenido, rebasando el consentimiento del protagonista del material y exponiendo su imagen e intimidad a un número indeterminado de receptores. Vid. MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: *Diario La Ley*, N° 8234, Sección Tribuna, 22 ene. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.

(415) Conforme al artículo 5 de la Ley N° 28493, ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (*spam*) o ‘correo basura’, es todo correo electrónico de contenido comercial, publicitario o promocional de bienes y servicios, que recibimos sin haberlo solicitado o sin haber dado expresa autorización para su envío. El *spam* puede interferir seriamente con la operación de servicios públicos, por no mencionar el efecto que puede tener en los sistemas de correo electrónico, de forma efectiva, sustrayendo recursos de los usuarios y proveedores de servicio sin compensación y sin autorización. Por lo general, las direcciones son robadas, compradas, recolectadas en la web o tomadas de cadenas de mail. Finalmente, el artículo 13 del Reglamento de la Ley, D.S. N° 031-2005-MTC, señala que se encuentra prohibido falsear u ocultar cualquier información que permita identificar el punto de origen del recorrido o del trayecto de transmisión del mensaje de correo electrónico comercial no solicitado. Así como utilizar la dirección o cuenta de correo electrónico de cualquier tercero sin su autorización previa, expresa y escrita, con la finalidad de llevar a cabo

- Lecturas de cartas.
- Cámaras ocultas.
- Con *animus jocandi*.
- Llamadas no deseadas.
- Cobranzas denigrantes.
- Encuestas compulsivas.
- Inmisiones ilegítimas⁽⁴¹⁶⁾.
- Con fines probatorios⁽⁴¹⁷⁾.
- Brazaletes electrónicos para reos, algemas.
- Inspectores, investigadores, detectives, espías.
- Cacheo policial humillante (requisitas íntimas)⁽⁴¹⁸⁾.
- Implantación de microchips (GPS, *transpoders*).
- Solicitud de información irrelevante para empleos.
- Escrache. Hacer público acto o conducta irregular de una persona, una forma de manifestación para revelar un hecho⁽⁴¹⁹⁾. Poner en evidencia a la persona.

el envío de mensajes a través de dicha dirección de correo electrónico o, en su defecto, para consignar tal dirección como la aparente dirección de envío del mensaje o, como la dirección de respuesta.

- (416) Es la perturbación de la propiedad del vecino con actos molestos (ruidos, olores, vibraciones, luces) lo cual atenta con la paz, tranquilidad e intimidad. El art. 546-13 del Código Civil de Catalunya, dice: **Las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado.**
- (417) Depende el caso y los derechos en juego. Un caso especial fue el reportaje televisivo realizado por periodistas daneses que, a efectos de hacer públicas las prácticas abortivas, difundieron imágenes de médicos que las practicaban y de pacientes que recurren a estas. En este caso se falló a favor de la privacidad. “El derecho a la intimidad y la propia imagen que se alza primaria sobre el derecho a la información, en el supuesto de la difusión del reportaje”. Vid. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. “Utilización de cámara oculta en un reportaje periodístico de investigación para conocer las circunstancias que rodeaban la práctica de abortos por una clínica privada homologada administrativamente”. En: *Diario La Ley*, Nº 8284, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 Abr. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2959/2014.
- (418) ESPAÑA. El TC reconoce el derecho de un preso de ETA a no ser cacheado con desnudo integral tras una comunicación *vis a vis* (visita íntima, visita higiénica o visita de contacto), *Diario La Ley*, Nº 8171, Sección Hoy es Noticia, 16 Oct. 2013, Editorial La Ley, España.
- (419) Accedieron al rellano (del domicilio, llamando al timbre y golpeando la puerta durante 10 minutos. Vulneración del derecho a gozar de la tranquilidad y seguridad propia del lugar

- Tecnologías, geolocalización, drones que atentan contra el derecho de no ser localizado continuamente (para el caso de reos, procesados).

Si conozco de casualidad, sin querer hacerlo, no violo la intimidad; la violación se produce en este caso si la difundo⁽⁴²⁰⁾.

12.2. Difusión

Es el acto de publicitar, divulgar, difundir, propagar, poner en conocimiento de los demás.

Es un dar a conocer lo que es conocido. Es la acción y efecto de hacer pública la vida ajena perturbando la paz del sujeto. Es un acto de publicitar. Se refiere al proceso de propagación o divulgación de conocimientos, poner en comprensión de los demás lo que se ha conocido. Es la propagación, extensión, generalización y comunicación de la información a terceros. Es decir, todo lo contrario a guardar reserva que debe tenerse respecto de lo conocido de la vida privada de otra persona.

Debe precisar que lo conocido puede ser:

- Por intromisión, voluntad del agente de conocer sin autorización de la víctima.
- Por decisión o por boca del propio afectado, es la puesta en conocimiento voluntaria en la que informa acerca de la propia privacidad pero sin autorizar difusión.

Téngase en cuenta, además de la trasgresión común, que la ciencia permite penetrar la esfera de la vida privada a límites insospechados, en los casos de publicidad subliminal, drogas que modifican la personalidad, el narcoanálisis, suero de la verdad, lavado de cerebro, información genética no resguarda, etc.⁽⁴²¹⁾, así también como la invasión a través de las tomas fotográficas satelitales, grabaciones magnetofónicas, dispositivos en miniatura para grabar voz o imagen.

donde se desarrolla la vida privada, generando una situación de angustia en los moradores de la vivienda. “Incoación de juicio por una falta de coacciones contra dos participantes en un *escrache* ante la vivienda de un diputado (JPI n° 21 de Valencia, A 21 Ago. 2013. Rec. 1588/2013)”. En: Diario *La Ley*, N° 8173, Sección Jurisprudencia, 18 Oct. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, La Ley 4866/2013. <<http://diariolaley.laley.es>> (18/10/2013).

(420) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 545.

(421) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 656.

13. ACTOS LÍCITOS

Podemos hablar de una violación lícita cuando se encuentra justificada por:

- El orden público (judicial, policial).
- El interés social (histórico, cultural, artístico).
- Consentimiento de la persona, que implica una renuncia del interesado de forma que el consentimiento excluye la ilicitud (*volente non fit injuria*⁽⁴²²⁾).

En estos casos prima lo colectivo sobre lo particular, lo social frente a lo individual.

Son las denominadas intromisiones legítimas. Se encuentran sustentadas, a criterio de Morales Godo⁽⁴²³⁾, en las siguientes limitaciones:

- Seguridad nacional.
- Protección de la salud.
- Casos de desastre natural.
- Derecho a la información.
- Asuntos de interés público.
- Bienestar económico del país.
- Administración de la justicia civil.
- Prevención de desórdenes o crímenes.
- Casos de guerra u otra emergencia pública.
- Libertad de expresión, información y debate.

El derecho a la intimidad puede violarse legítimamente por motivos de interés público cuando:

- Interrogatorios forzados.
- Allanamiento de domicilio.

(422) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 147.

(423) MORALES GODO, Juan: *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995, p. 118 y ss.

- Levantamiento del secreto bancario.
- Recogida y análisis de muestras biológicas⁽⁴²⁴⁾.
- Indagar el sueldo del cónyuge o ex cónyuge⁽⁴²⁵⁾.
- Requisas y cacheos en los centros penitenciarios⁽⁴²⁶⁾.
- Inclusión en lista de morosos en centrales de riesgo⁽⁴²⁷⁾.
- Se interceptan comunicaciones telefónicas por orden del juez.

(424) La recogida y análisis de muestra de ADN extraída de la colilla de un cigarrillo arrojada por el acusado no viola su intimidad. En este sentido, no se requiere autorización judicial para obtener perfil de ADN meramente identificador respecto a vestigios abandonados por el sospechoso. ESPAÑA. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 7/10/2013, rec. 10448/2013. Vid. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. “Pruebas de ADN en el proceso penal: crónica de una muerte anunciada gracias a la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS que desconoce lo que es el ADN no codificante”. En: *Diario La Ley*, N° 8284, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 Abr. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2957/2014.

(425) “Usted puede conocer el sueldo de su pareja o expareja. Pese a los derechos de intimidad y autodeterminación informativa”. TC considera que si demandante justifica una situación “razonable” se puede relativizar derechos personales debido a que por encima de estos se encuentra el cumplimiento de obligaciones como el pago de alimentos. Exp. N° 01887-2012-PHD/TC del 30 de abril pasado. “De manera previa, el TC menciona los criterios fijados en su jurisprudencia respecto al derecho a la autodeterminación informativa y reitera que este ‘protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera ‘sensibles’ y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos”. No obstante, considera si el solicitante se acredita como la pareja o expareja califica como una ‘situación razonable’ para acceder a la mencionada información”. Vid. *La Ley*, Lima, 3/12/2013.

(426) El derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario tiene un matiz especial. “La posibilidad de realizar este tipo de cacheos debe fundarse en motivos de seguridad concretos y específicos. La ocasional invasión de la intimidad requiere de la proporcionalidad y exteriorización de su justificación mediante la expresión fundamentada de las razones que llevan a la adopción de la medida. En el caso, se autorizaron dos cacheos al recluso por sospechar que pudiera ocultar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación ‘vis a vis’ y que pudiera introducir en el centro objetos o sustancias que supongan riesgo para la seguridad del establecimiento o sus trabajadores. Las resoluciones autorizantes realizan una valoración genérica e imprecisa de una supuesta conducta del interno, que no se apoya en razón expresa alguna y que no parece obedecer sino a una fórmula rituarial de carácter preventivo que se aplica en todo caso a cualquier interno y en cualquier ocasión en que se realice una comunicación personal con terceros”. Vid. *Diario La Ley*, N° 8212, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 16 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, www.laley.es, 17/11/2013.

(427) La deuda comunicada debe ser cierta, vencida y exigible. El Tribunal Constitucional (STC Exp. 03206-2012-PA/TC) señala que la expresión “lista de morosos” o “moroso” se emplea para identificar a las personas que adeudan su cuota de mantenimiento, por lo que no constituyen ofensas al honor debido a que hacen referencia a una situación de lentitud o dilación. Salvo que se trate de una inclusión indebida lo cual si afectaría el derecho al honor (España. TS, 1ª, S 22 Ene. 2014. Rec. 2585/2011).

- Cacheo policial en la medida en que no sea humillante (requisitas íntimas), el implica registrar integralmente a alguien para saber si oculta objetos prohibidos, como armas, drogas, etc.
- No hay reserva en el acto médico (art. 25, LGS).
- Cuando sea requerida por la autoridad judicial competente.
- Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente.
- Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima.
- Cuando fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que este no lo prohíba expresamente.
- Cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la Autoridad de Salud.
- Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoría.

La información sobre el diagnóstico de las lesiones o daños producidos a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto (art. 30, LGS), deberá ser proporcionada a la autoridad policial o al Ministerio Público a su requerimiento.

A la mano de estos casos, tenemos el de la libertad de prensa o de información (tv, radio, periódicos, revistas, *blogs*, bitácoras digitales, *we-blog*, etc.) que se presenta como uno de los temas más vivos, en nuestro tiempo, en razón del conflicto que suele presentarse entre el derecho a la intimidad, el honor y la libertad de prensa garantizada por la Constitución⁽⁴²⁸⁾ (art. 2, inc. 4).

(428) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil parte general*. 21ª edición, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 172.

14. BASE LEGAL

El tratamiento de legal de la intimidad se encuentra salvaguardado en las principales normas nacionales.

- Constitución Política del Perú: art. 2 “Toda persona tiene derecho (...):
 - inciso 7: a la intimidad personal y familiar (...)”. Igual al tratamiento que le dio la Constitución de 1979 quien lo reconoce por primera vez (art. 2, inc. 5), aunque la Constitución de 1867 ya nos hablaba del derecho a la vida privada.
- Código Civil:
 - art. 14: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.
- Código de los Niños y Adolescentes:
 - Art. 190.- “Principio de confidencialidad y reserva del proceso.- Son confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por los adolescentes infractores sometidos a proceso. En todo momento debe respetarse el derecho a la imagen e identidad del adolescente. El procedimiento judicial a los adolescentes infractores es reservado. Asimismo, la información brindada como estadística no debe contravenir el principio de confidencialidad ni el derecho a la privacidad”.
- Ley General de Salud:
 - Art. 15.3.- “Atención y recuperación de la salud a) A ser atendida con pleno respeto a su dignidad e intimidad sin discriminación por acción u omisión de ningún tipo”.
 - Art. 120.- “Información en materia de salud: Toda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público. Queda exceptuado la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia, la seguridad nacional y las relaciones exteriores, así como aquella que se refiere a aspectos protegidos por

las normas de propiedad industrial de conformidad con la ley de la materia”.

- Ley N° 27043. Ley que modifica el CPC y la Ley de Organización y Funciones del Indecopi en lo referente al archivo de expedientes.
 - “Art. 1.- Se modifica la 19 Disposición Complementaria y Final del CPC, con el siguiente texto: “Solo por orden del juez y a pedido de la autoridad universitaria correspondiente, los auxiliares jurisdiccionales pueden proporcionar, por breve término, los expedientes fenecidos a los graduandos, debidamente identificados, quienes, además de firmar cargo, dejarán fotocopia de su libreta electoral o documento que la sustituya. Los expedientes cuyas sentencias tengan más de cinco años de ejecutadas, pueden ser remitidos a las facultades de Derecho que los soliciten para usos de docencia universitaria. **Salvo autorización escrita de las partes o de sus sucesores, los expedientes que se refieran a la intimidad personal o familiar, no pueden ser entregados para fines de práctica forense ni para otros usos universitarios.** Cuando hayan transcurrido más de cinco años de consentida o ejecutoriada la sentencia o cualquier otra forma de conclusión del proceso; los Secretarios de Juzgado, previo mandato judicial, deben transferir los expedientes judiciales al Archivo General de la Nación o a los Archivos Departamentales, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 de la Ley N° 19414, bajo riguroso inventario, para su conservación documental o, de ser el caso, su declaración como Patrimonio Cultural de la Nación”.
- Ley N° 27986, Ley de los trabajadores del hogar.
 - Art. 4.- “Reserva sobre la vida en el hogar. Los trabajadores del hogar están obligados a prestar sus servicios con diligencia y a guardar reserva sobre la vida e incidentes en el hogar, salvo exigencia de la ley”.
- Ley N° 28420, Ley de locutorios en establecimientos de máxima seguridad.
- Ley N° 29139, Ley que modifica la Ley N° 28119, ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico. Art. 1 prohíbe el acceso a menores de edad a páginas web, canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en

red de contenido y/o información pornográfica u otras formas reñidas con la moral o el pudor, que atenten contra su integridad física, psicológica o afecten su intimidad personal o familiar.

- Ley N° 26566, Régimen laboral de los jugadores de fútbol profesional. Art. 6.- “Son obligaciones especiales de los futbolistas profesionales: (...) e. Guardar en su vida privada un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional”.
- Código Penal, trata los siguientes delitos:
 - Violación de la intimidad (art. 154), Revelación de la intimidad personal y familiar (art. 156), Uso indebido de archivos computarizados (art. 157), Violación de domicilio (art. 159), Allanamiento ilegal de domicilio (art. 160), Violación de correspondencia (art. 161), Interferencia telefónica (art. 162), Supresión o extravío indebido de correspondencia (art. 163), Publicación indebida de correspondencia (art. 164), Violación del secreto profesional (art. 165).
- Así también, otras normas:
 - De salud en lo referido a dolencias etiología virósica que afecten el sistema inmunitario de la persona (SIDA) se indica la obligación de los médicos y personal de salud de comunicar la existencia de las personas pasibles de estos males, siendo esta comunicación reservada y confidencial (DS.013-87-SA, 5/4/87, Declaran de necesidad y utilidad pública y social, el control, notificación, certificación, calificación, y tratamiento de las dolencias de etiología virósica).
 - De contenido tributario, las declaraciones o informaciones de contribuyentes, responsables o terceros, así como los correspondientes trámites tienen el carácter de reservado (D. Leg. 816, Código Tributario).
 - En la atención de recetas y órdenes médicas, los establecimientos de dispensación deberán garantizar el derecho de los usuarios a su intimidad y a la confidencialidad de la información (art. 38.- Aprueban Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos. DS. 021-2001-SA).

15. DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL

Es el deber de guardar reserva acerca de información adquirida en ocasión del ejercicio de ciertas profesiones o actividades⁽⁴²⁹⁾. Como tal, el secreto profesional implica guardar absoluta confidencialidad de la información relativa al cliente, paciente o feligrés; gozando de este deber los médicos, psicólogos, psiquiatras, abogados y sacerdotes.

La doctrina plantea que el secreto profesional se respalda en la necesidad de confiar a una tercera persona una información privada. Este tercero es receptor de la confesión en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. La puesta en conocimiento de la información tiene por objeto recibir un tratamiento, un consejo o resolver un problema por lo que se expone la esfera íntima de la persona abarcando tanto su entidad física como moral, incluyendo relaciones que son fruto de su situación familiar, política, comercial o religiosa.

El deber de guardar secreto descansa en las correspondientes relaciones o exigencias de la propia actividad, lo que determina una obligación específica de carácter profesional de fidelidad y confianza (prestación de no hacer). Esta obligación puede provenir contractualmente o ser impuesta por ley.

La Constitución ampara este derecho en el artículo 2 inciso 18, cuando se pronuncia respecto a la reserva de convicciones y secreto profesional: “A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.

Entre ellos tenemos:

- Secreto bancario.
- Secreto sacerdotal.

(429) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 673.

BIBLIOGRAFÍA

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil parte general*. 21ª edición, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- CARRASCO PEREA, Ángel (dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derechos de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Gaviota del Sur, Sucre, 2010.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- COOLEY, Th. M., A. *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*, Callaghan, Chicago, 1879.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, São Paulo, Saraiva, 2002.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. “Utilización de cámara oculta en un reportaje periodístico de investigación para conocer las circunstancias que rodeaban la práctica de abortos por una clínica privada homologada administrativamente”. En: *Diario La Ley*, N° 8284, Sección comentarios de jurisprudencia, 2 Abr. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, La Ley 2959/2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- GUEVARA PALACIOS, Augusto M. “El derecho a ser olvidado en Internet. El caso ‘Google’ en la justicia europea”. En: *La Ley*, viernes 10 de enero de 2014, año XXVII N° 7, Tomo La Ley 2014-A.

- GUTIÉRREZ DUANY, María y LAVARELLO ALBA, Gianella. “Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 13. Lima, Año 1997.
- HORTTA V., Edwin de J. *La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... consecuencias de su desconocimiento o negación*, Díkaion (Lo justo). Revista de Fundamentación jurídica. N° 2. Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana, Bogotá, 1988.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: *Diario La Ley*, N° 8234, Sección Tribuna, 22 Ene. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MORALES GODÓ, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995.
- NIEVES SALDAÑA, María. “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”. En: UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, 2011.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*, 2ª edición, Buenos Aires, 1961.
- PATRONO, Paolo. (voz) “Privacy (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.

- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*. Cátedra de Derecho y genoma humano, Bilbao, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Parte general y personas*, Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, 2000.
- VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”. Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho. En: *La Ley*, Año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013.
- WARREN, S. y BRANDEIS, L. D. “The Right to Privacy”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 4, N° 5, 1890.

DERECHO A LA INTIMIDAD ESPECIAL. INTIMIDAD COMUNICACIONAL

1. GENERALIDADES

En los aspectos que abarcan la vida privada hay situaciones en las que se justifica una protección legal, tal es el caso del secreto de las comunicaciones, postales, telegráficas o telefónicas⁽⁴³⁰⁾.

La protección a las comunicaciones es una proyección del derecho a la vida privada, tal como trata el artículo 14 del Código, razón por la cual se le aplican las mismas observaciones de la intimidad⁽⁴³¹⁾.

2. FUNDAMENTO

Se denomina el derecho al secreto de las comunicaciones a todo lo referente al resguardo que se presta a los medios a través de los cuales las personas se comunican entre sí. Se trata de las comunicaciones en curso, aquellas ya leídas son parte de la protección de la intimidad.

Indica Santos Cifuentes⁽⁴³²⁾ que las cartas, domicilio y los demás elementos de la vida privada deben ser respetados pudiendo impedirse las

(430) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información (un conflicto de derechos)*. 5ª edición, Siglo XXI Editores, Bogotá, 1997, pp. 61 y 62.

(431) MORALES GODO, Juan. "Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otra de cualquier género". En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 132.

(432) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 597.

intromisiones perturbadoras y difusiones con el empleo de cualquier clase de medios: aparatos electrónicos, grabadores, elementos de escuchar, proyecciones ópticas, etc., que penetren en la esfera personal o familiar.

De esta forma, con base en lo normado por nuestro Código, la correspondencia, comunicaciones, grabaciones de la voz, cuando sean confidenciales o privadas, no pueden ser interceptadas o divulgadas, salvo autorización del autor y/o destinatario. Muertos estos son los herederos quienes otorgarán el asentimiento, en caso de discrepancia decidirá el juez.

Asimismo, la publicación de las memorias requiere autorización del autor. La prohibición de la publicación póstuma no puede extenderse más de cincuenta años a partir de la muerte del autor o destinatario.

3. CONTENIDO

El tratamiento legal del secreto de las comunicaciones está compuesto de los siguientes elementos:

3.1. Formas de comunicación protegidas

- La correspondencia epistolar, como la llamó el Código, debe entenderse como aquella correspondencia física o virtual, escrita o dateada, realizada a través de distintos medios como cartas, correos electrónicos, mensajes de texto (telegramas, cables, telefax han quedado desfasados) y se presenta como el modo de comunicación más común. Al ser algo personal, la correspondencia y las misivas en general, requieren ser protegidas y garantizar su contenido, sea que estén abiertas o cerradas, en cualquiera de sus formas o estado es confidencial y reservada, al contar con un remitente y un destinatario que, finalmente, es a quienes les interesa la información privada en ellas contenida.
- Comunicaciones, se refiere a otros medios de interrelación entre las personas, como las comunicaciones telefónicas o por radio, correo electrónico, SMS, whatsapp, mensajería instantánea, etc.
- Grabaciones de voz, también de la imagen, refiriéndose a los casos de personas que optan o prefieren comunicar, en ciertas ocasiones, noticias a través de estos medios.
- Memorias, relatos escritos en los que el autor narra su vida o acontecimientos de ella.

3.2. Carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar

Contempla el respeto a la reserva.

Surge, en esta dimensión, el derecho a la reserva que se refiere al secreto de la vida privada. El término “confidencialidad” o “reserva” coincide con el “secreto” de privacidad y, si bien refleja esencialmente una parte de la base tradicional de la privacidad, no tendría ninguna autonomía conceptual; distinguiéndose por el ámbito de lo secreto. Esta es la posición tradicionalmente tomada por doctrina en virtud de la cual, la reserva implica solo “interés en la no difusión de noticias lícitamente conocidas” y dándosele así, una connotación más limitada⁽⁴³³⁾.

Las comunicaciones deben ser confidenciales (privadas, secretas) o de carácter íntimo. Esta es su razón de ser. No abarca a las generales, públicas o de acceso social.

3.3. Prohibición de ser interceptadas o divulgadas

Interceptar es evitar que llegue a destino o que llegue a su destino previo conocimiento de su contenido.

Divulgar es hacer de conocimiento de terceros, ajenos al destino de la comunicación.

Debe tenerse presente que no se trata de un derecho absoluto, es –como derivado de la intimidad– un derecho relativo por cuanto tiene limitaciones dadas por el interés general de la sociedad (seguridad del Estado, desastres naturales, conflictos de guerra, lucha contra la delincuencia) en cuyo caso con autorización judicial, la autoridad designada, podrá interceptar las comunicaciones⁽⁴³⁴⁾.

Sobre el particular, como refiere Hernández Domínguez⁽⁴³⁵⁾, a la luz de la jurisprudencia española se ha llegado a establecer que no estarán amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y, por tanto, puede ser violado lícitamente en los siguientes casos:

(433) PATRONO, Paolo. (Voz) “Privacy (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004, p. 561.

(434) MORALES GODÓ, Juan. Ob. cit., p. 132.

(435) HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. “Apertura de paquetes postales. Alcance del secreto de las comunicaciones”. En: *Diario La Ley*. Nº 8265, Sección Doctrina, 6 Mar. 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 1042/2014.

- Los envíos de mercancías que por sus características, volumen, peso, etc., evidencien su falta de aptitud para contener y remitir comunicaciones.
- Los paquetes que lleven en el exterior una declaración sobre su contenido, ya sea por la aplicación de la normativa internacional para la inspección de aduanas (etiqueta verde, o la denominación equivalente que la sustituya) o porque el remitente así lo haya hecho constar.
- Los que se envíen abiertos.
- Los envíos de maletas, bolsos o enseres personales utilizando los servicios postales.
- Las diligencias policiales de investigación consistentes en la inspección del paquete postal mediante rayos X, perros adiestrados o punzamiento.

Sí están amparados por la protección del secreto de las comunicaciones aquellos paquetes que en atención de sus características externas (tamaño, forma, etc.) se deduzca la posibilidad de que contengan comunicaciones postales, para su apertura se requiere la autorización judicial.

3.4. Permisibilidad del autor y, en su caso, del destinatario

Se refiere al asentimiento para que la comunicación sea conocida.

La comunicación tiene alguien quien la hace pero, además, le confiere un destino, es decir, va dirigida en favor de otro que será quien la reciba. Tanto autor como destinatario tienen un dominio sobre la comunicación. Es entre ellos que el contenido tiene importancia y trascendencia, no debiéndole importarle a nadie más. De allí que se exija la autorización primero del autor y, luego, del destinatario; considero que en unidad de criterios el permiso para su divulgación debiera ser de ambos.

Esta regla se aplica también a las memorias personales o familiares.

3.5. Derecho sucesorio y defensa de la reserva comunicacional

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. En las situaciones derivadas del fallecimiento del autor o del destinatario de los documentos, comunicaciones o grabaciones de la voz objetos de protección jurídica, en caso de no existir voluntad expresa del difunto que prohíba

la publicación, corresponde a los herederos decidir sobre la divulgación de ese material⁽⁴³⁶⁾.

A falta de herederos, decidirá el juez.

3.6. Prohibición de la publicación póstuma

La prohibición de la publicación póstuma, sea por el autor o destinatario, no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

4. ACTOS ILÍCITOS

La intimidad comunicacional puede atentarse.

5. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú: artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
 - inciso 10: “Las comunicaciones, telecomunicaciones o los instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado por el juez, con las garantías puestas en la ley”.
- Código Civil
 - Artículo 16.- “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte”.

(436) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 168.

BIBLIOGRAFÍA

- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. “Apertura de paquetes postales. Alcance del secreto de las comunicaciones”. En: *Diario La Ley*, N° 8265, Sección Doctrina, 6 Mar. 2014, año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 1042/2014.
- MORALES GODO, Juan. “Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otra de cualquier género”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información (un conflicto de derechos)*. 5ª edición, Siglo XXI Editores, Bogotá, 1997.
- PATRONO, Paolo. (Voz) “Privacy (diritto all’)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.

SUBCAPÍTULO SEXTO

DERECHO A LA IMAGEN Y A LA VOZ

SUMARIO: I. DERECHO A LA IMAGEN. 1. Origen. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Fundamento. 7. Titulares. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Derecho al cuerpo. 8.2. No es un derecho. 8.3. Derecho al honor. 8.4. Derecho a la intimidad. 8.5. Derecho a la propiedad. 8.6. Derecho a la identidad. 8.7. Derecho autónomo de la persona. 9. Manifestaciones. 9.1. Instituciones afines con la imagen. 9.1.1. Retrato narrado. 9.1.2. Derecho a la caricatura. 9.1.3. Máscara escénica. 9.1.4. Imitaciones de personajes públicos con fines humorísticos. 9.1.5. Los dobles de personajes públicos con fines publicitarios. 9.1.6. Personalización de las cosas. 9.1.7. Derecho a la imagen de las cosas propias. 9.2. Casos límites en la restricción del uso de la imagen. 9.3. Imagen accesorio. 10. Derecho a las copias. 11. Derecho a la imagen y deporte. 11.1. Derecho de arena. 11.2. Publicidad testimonial. 12. Casuística. 12.1. Caso Paquirri. 12.2. Caso Otto von Bismarck. 12.3. Caso Honoré Balzac. 12.4. Dustin Hoffman. 12.6. Caso Andrés García con Laboratorios Hersil. 12.7. Caso Panini - Editorial Navarrete. II. DERECHO A LA VOZ. 1. Etimología. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Fundamento. 6. Titulares. 7. Naturaleza jurídica. 8. Manifestaciones. 9. ¿Otras formas de voz? 10. Casuística. 10.1. Caso María Callas. 10.2. Caso Depardieu. III. TRATAMIENTO LEGAL UNIFORME. LA IMAGEN Y LA VOZ. 1. Generalidades. 2. Nivel de protección. 3. Ámbito. 3.1. Moral. 3.2. Patrimonial. 4. Características. 5. Aspectos. 5.1. Facultad de disposición. 5.2. Facultad de prohibición. 6. Uso libre de la imagen y la voz. 7. Exclusión del uso de la imagen de personajes públicos para fines publicitarios o patrimoniales. 7.1. Campañas de promoción general. 7.2. Fines patrimoniales. 8. Actos ilícitos. 8.1. Medios de defensa. 8.1.1. Reparación. 8.1.2. *False lighth under in the public eyes*. 9. Actos lícitos. 10. Base legal.

I. DERECHO A LA IMAGEN

1. ORIGEN

Se ha manifestado que en la Roma primitiva no todos tenían el derecho de ser retratados. Existió una ley que prohibió los retratos de personas que no hubieran ejercido cargos importantes como los de cónsul, tribuno o pretor. En sus orígenes el retrato fue considerado un alto honor concedido solo a aquellos con superioridad moral, solo así podría esculpir su figura o busto. Esta ley va liberando sus restricciones y es en la Roma republicana⁽⁴³⁷⁾ que se permite el *ius imaginum* o *ius imaginis* que representan el derecho de usar o exhibir en las casas las imágenes o estatuas (bustos) de los antepasados, algo similar de lo que en el Derecho inglés se conoce como escudo de armas (*coat of arms*).

En un inicio el dibujo, la pintura y la escultura fueron los únicos medios de representación de la imagen (se invertía tiempo en la producción). Con la fotografía, la captación de imagen es cuestión de fracción de segundos (incluso hoy sin necesidad del revelado, las imágenes son instantáneas). Es con la aparición de la fotografía, a inicios del siglo XIX, que la imagen como derecho empieza a desarrollarse y se tecnifica conforme pasa el tiempo frente al uso y abuso en la captación de imágenes inconscultas. Se acrece con la aparición de la televisión y el cine precisándose, por este devenir, de una mayor cautela y protección en la imagen de las personas por el constante perfeccionamiento de los medios mecánicos de reproducción y los medios masivos de comunicación.

(437) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas, Madrid, 1997, p. 22.

La sociedad de consumo y el vertiginoso desarrollo de los *mass media* conllevan una proliferación de la publicidad mediante el uso, casi desmedido, de la imagen de la persona llegándose a extremos de su cosificación, la denominada imagocracia.

El reconocimiento de la imagen como derecho se inicia en la segunda mitad del siglo XIX. En 1896, Hugo Keyssner, con su obra *Das Recht am eigenem Bilde* (Berlín), fue el primer autor en tratar el derecho a la imagen considerando que puede aceptarse una persona sin nombre pero no sin fisonomía⁽⁴³⁸⁾. En la casuística, Cifuentes⁽⁴³⁹⁾ cita que el primer caso que abordó el problema fue en Alemania, en la Corte Imperial de Justicia - *Reichsgericht*, el 29 de noviembre de 1898, en el que se fotografió a una mujer en ropa de baño a fin de reproducirla en medallones, estampas, cigarreras y demás, considerándose este hecho como un acto de abusiva captación de la imagen, agravada no solo por la divulgación sino por la manera comercial de esta.

Los primeros países en reconocer este derecho fueron Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos. A estos les sigue Austria, Bélgica, Inglaterra, Noruega, Suecia y Suiza.

2. ETIMOLOGÍA

Del latín *imago*, retrato y esta del verbo *imitari*, imitar que deviene de la raíz protoindoeuropea *im-eto-*, en última instancia de *aim-*, se refiere a “copia”. Puede compararse con *imitatio*, imitar, hacer que algo se parezca a otra cosa.

Su étimo nos lleva a decir que imagen es la representación gráfica de uno o de alguien.

3. CONCEPTO

La imagen es el rasgo fisonómico reconocible de la persona. Lenguaje gestual, corporal.

(438) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 503.

(439) *Ibidem*, pp. 516 y 517, con cita de Walter Moraes (*Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972).

Cada ser humano tiene una apariencia física distinta del resto, a contrario sensu de lo que sucede con otros animales⁽⁴⁴⁰⁾. Somos disímiles, diferentes, cada cual con sus características, tipología, particularidades faciales y anatómicas propias.

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽⁴⁴¹⁾, Imagen. (Del lat. *imāgo*, -*inis*). 1. f. Figura, representación, semejanza y apariencia de algo. (...) 3. f. *Ópt.* Reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz que proceden de él.

La imagen es la representación gráfica de la figura humana. Se entiende como la representación visible de la semblanza de la persona, *i.e.* la reproducción gráfica de sus características o atributos⁽⁴⁴²⁾. La forma externa de la persona, aquella que las demás ven y a través de la cual podemos identificarla y reconocerla, de allí que Orgaz⁽⁴⁴³⁾ la llame imagen fisonómica. Es la figura, aspecto, conformación física del cuerpo humano a través del cual puede ser identificado, individualizado y representado el sujeto. Como dice Azurmendi⁽⁴⁴⁴⁾, la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad es la cara, sin embargo no podemos limitar la imagen solo al rostro; la imagen puede ser perfectamente otra parte del cuerpo, tan significativa que la individualice a la persona de los demás (los ojos de Betty Davis, el lunar en la mejilla de Marilyn Monroe, la papada de Alfred Hitchcock, los senos de Dolly Parton, la boca de Angelina Jolie, la nariz de Bárbara Streisand, hasta la cintura de Thalía y el *derrière* de JLo).

Así, tenemos una imagen integral – *in toto* o una imagen parcial – *in parte*. Ambas identificativas del sujeto. La huella digital marca un punto de diferencia. Todos tienen una –salvo quienes se la queman o cercenan⁽⁴⁴⁵⁾– al ser única e individual y que podría, también, ser protegida como derecho a la imagen, tenemos algunos ejemplos:

- David Beckham comercializó su huella digital para la marca Adidas a fin de que sea parte del diseño de los chimpunes *Predator Pulse*.

(440) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 233.

(441) En: <www.rae.es>, (27/06/2013).

(442) BAVETTA, Giuseppe. (Voz) “Immagine (diritto alla)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004, p. 144.

(443) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 150.

(444) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Ob. cit., p. 20.

(445) Ahuellado.- Quien no tiene huellas. Timorato.- Quien no deja huella.

- Zinédine Zidane cedió sus huellas para el diseño digital de la fragancia de Adidas *Intense Touch*.

La imagen es el símbolo de la identidad de la persona; el vehículo de difusión de las connotaciones morales, intelectuales y sociales que caracterizan al sujeto. El más representativo, preciso y de trascendencia social. Expresión formal y sensible del sujeto. Es la representación de una figura humana o partes de ella en forma visible y reconocible⁽⁴⁴⁶⁾. Puede representar el aspecto exterior de una cierta realidad, esto es con referencia abstracta a las cualidades y a las características de una determinada persona, o el aspecto fisonómico, esto es con referencia concreta al aspecto exterior de las personas⁽⁴⁴⁷⁾. Representa los rasgos físicos, la efigie de la persona. También, la silueta, perfil, sombra, contorno, gestos, ademanes, rasgos antropokinéticos o algún otro elemento característico mediante el cual la persona sea reconocida e identificada con facilidad (bigote, perfil, cejas, cabello, lunar, sonrisa).

Puede ser una imagen:

- **Externa**, lo visible de la persona (cara, cuerpo, manos).
- **Interno**, lo no visible de la persona (órganos o elementos internos).

Tobías⁽⁴⁴⁸⁾ presenta el variado contenido material de la imagen a través de la jurisprudencia:

- Perfil somático.
- Semblanza física.
- Contorno exterior.
- Representación sensible.
- Verdadera semblanza de la persona.
- Elemento caracterizante y tipificante de la fisonomía de la persona.
- Representación de la figura humana en forma visible y reconocible.

(446) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 718.

(447) BAVETTA, Giuseppe. Ob. cit., p. 144.

(448) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 718.

- Reproducción identificable de los rasgos físicos sobre cualquier soporte material.

El cuerpo es la expresión natural del hombre y la imagen es la proyección de este. No importa la condición, estado, edad, lugar, la imagen de la persona debe ser cautelada en su totalidad e integralidad.

4. DENOMINACIÓN

Ius imaginis.

La imagen es la semblanza, la figura humana, *le figure humaine*.

Se le ha denominado derecho a la propia imagen, derecho a la imagen objetivada, derecho al retrato, derecho al retrato fotográfico, derecho a la figura.

Entre la denominación derecho a la imagen y derecho a la propia imagen, Azurmendi⁽⁴⁴⁹⁾ encuentra diferencias. El primero es genérico (derecho a la imagen de todos); el segundo más especial (derecho a la imagen de alguien en particular).

En el Derecho comparado *Recht am eigenen Bild* (Alemania), *Il diritto a la propria figura, diritto all'immagine, il diritto sul proprio ritratto, diritto all'immagine, diritto a la propria imagine* (Italia), *droit à l'image* (Francia), *Righth of publicity* (Inglés), *direito à imagen o retrato*⁽⁴⁵⁰⁾ (Portugal).

Imagen es el *genus* y retrato la *spes*.

(449) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Ob. cit., pp. 28 y 29.

(450) PORTUGAL. Artigo 79 (Direito à imagem). "1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada. 2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada".

5. DEFINICIÓN

Refiere Bittar⁽⁴⁵¹⁾ que la imagen consiste en el derecho que la persona tiene sobre su forma plástica y respectivos componentes (rostro, ojos, perfil, busto) que la individualizan en la colectividad. Imagen y persona, es a derecho y disposición. Como derecho, es el vínculo que une a una persona y su expresión externa, tomada en conjunto o en partes significativas (boca, ojos, piernas, en cuanto individualizadores de la persona)⁽⁴⁵²⁾. Como acto de disposición, se expresa en la libertad de la persona de ceder o restringir su uso.

Para Espinoza Espinoza⁽⁴⁵³⁾, es la situación jurídica en la que se tutela la semblanza física del sujeto, protegiéndola a efectos de que su reproducción sea exacta sin que se extraiga de su contexto y sin que sufra alteraciones. Como tal este derecho es una manifestación de la identidad en su estado estático.

El derecho a la imagen es la facultad que posee una persona para proteger el aspecto, figura y forma de su cuerpo y demás componente somáticos externos, entendido como su expresión física y proyección representativa, de aquellas representaciones que sin autorización pretendan captarlas, difundirla o aprovecharla. Este derecho busca proteger la trascendencia visual de la persona, su identidad, así como su identidad, intimidad y honor.

El derecho a la imagen es un derecho que tutela a la persona física en cuanto tal: por lo tanto, su interés y la magnitud de sus problemas. La persona tiene la posibilidad de mostrarse de conformidad con sus exigencias y sus necesidades. Implica el derecho de aparecer cuando se quiera, lo que no es solamente complemento de la libertad individual sino también una afirmación de la personalidad⁽⁴⁵⁴⁾. El derecho a la imagen se concreta en la posibilidad de mostrarse a los otros solo cuando se tenga interés en hacerlo. El ejercicio del derecho se limita por el consentimiento de su titular o por la exigencia de naturaleza pública o social.

(451) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 94.

(452) Ídem.

(453) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Lima, Grijley, 2012, p. 572.

(454) BAVETTA, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 144.

6. FUNDAMENTO

El derecho a la imagen tiene su fundamento en la tutela y protección de la representación del aspecto físico y cualquier reelaboración de este. La imagen materializada de una persona es un bien de la personalidad fuertemente objetivado, como refiere Menezes Cordeiro⁽⁴⁵⁵⁾.

Como signo visual la imagen permite la individualidad, identidad y reconocibilidad⁽⁴⁵⁶⁾ del individuo. La persona solo tiene una imagen, no puede tener más de una. Así, los gemelos univertilinos (clones por naturaleza) tienen cada *su* imagen; los parecidos en el mismo sentido. Los personajes artísticos, Jame Bond, Cantinflas, el Chavo, la Chola Jacinta, no cuentan con un derecho a la imagen, son representaciones artísticas y se les protege a nivel de derechos de autor, cautelando la creatividad de su creador.

La imagen puede ser captada, tomada de forma que quede esa expresión de instante para la eternidad, congelada en el tiempo y, luego, reproducida y expuesta, difundida, dada a conocer a la sociedad, a un grupo reducido o cierto sujeto en particular.

La imagen como derecho establece un límite a los actos de:

- Captación.
- Reproducción.
- Difusión.
- Publicidad.
- Exposición.

Dice Carrasco⁽⁴⁵⁷⁾ que el derecho a la imagen tiene carácter doble:

- **Vida privada - Intimidad**, se protege en la forma de derecho a la intimidad.
- **Patrimonialidad - Uso comercial**, se protege en la forma de derecho de publicidad.

(455) MENEZES CORDEIRO, António. Ob. cit., p. 234.

(456) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Ob. cit., p. 27.

(457) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 99.

A mayor notoriedad pública menor es el ámbito protegido de la imagen y mayor su imagen expuesta, con los límites de su comercialización, para lo cual se requiere, indefectiblemente, autorización expresa de su titular. A mayor exposición voluntaria en el mercado menor intimidad pero mayor la cuota de protección del valor patrimonial de la imagen, tomando en cuenta que es mayor el beneficio de terceros de la explotación comercial. En las personas **privadas**, la imagen se protege en mérito del derecho que representa; a las personas **públicas**, en razón de la patrimonialidad del derecho (el canillita que presta su imagen para una campaña de libertad de prensa se protege su esfera personal vía la cautela de sus derechos personales; el actor que dispone el uso de su imagen protege el uso comercial de esta).

Son dos los caracteres, uno por la vía del derecho - **facultad** y otra por la vía del uso - **disposición**.

Este derecho reserva la toma directa de la imagen, no así la indirecta como las de segundo plano (personas en el trasfondo de una foto) o las de multitudes (mitin, concierto) en las que la imagen no se ve dañada de forma directa o, en todo caso, no se obtiene un provecho de ella. (Cómo identificarme en un mitin, o en aquella foto tomada a un grupo de transeúntes cuando en el centro de la noticia es que los conductores no respetan los cruces peatonales).

En nivel de importancia podemos decir que la imagen vale más que el nombre y que la voz, dada su trascendencia y nivel de notoriedad. Está en una mejor posición de representación y de remembranza. Es más, con el nombre formo mi imagen, la proyecto y concreto, es una forma de imagen sonora.

7. TITULARES

Llamado el retratado o efigiado.

Es básicamente la persona natural (viva) quien ejerce la defensa de su derecho de forma directa.

Menores de edad.- En el caso de menores de edad son los padres, en ejercicio de la patria potestad, los que autorizan su uso debido y defienden el uso indebido.

El Código de los niños y adolescentes considera:

Artículo 6.- “(...) Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”.

El Tribunal Constitucional⁽⁴⁵⁸⁾ ha considerado que los medios de comunicación no pueden publicar imagen de menores aún con autorización de los padres. Recalcó que pueden existir casos excepcionales en los que dada la naturaleza de los hechos (alta peligrosidad del menor) se justifique la difusión de ciertas imágenes, pero esta no es la regla sino la excepción.

Concebido.- Nada obsta que pueda ser, también, titular en mérito de las modernas técnicas para su visualización rayos x, ultrasonografía, ecografías 4D. No puedo captar el desarrollo de un concebido y publicarlo en una revista científica sin autorización de los progenitores o, tomarlo como personaje en una campaña publicitaria de pañales en el gestado salga pensando “...ya quiero nacer para usarte”.

Persona jurídica.- La persona jurídica no tiene una imagen per se, carece de existencia y figura corporal, no tienen fisonomía, en todo caso se protege su nombre y signos distintivos, *a símile* el ente no personificado.

Cadáver.- La muerte extingue derechos pero el resguardo de quien los tuvo permanece en mérito de la memoria en cabeza de sus familiares. Estos defienden su uso, conceden autorización o la revocan y prohíben su uso.

Feto abortado.- Son los padres, a pesar de que fueron quienes decidieron abortarlo, quienes gozan del derecho de preservar la imagen de ese hijo por ellos eliminado.

Animales.- Estos, corpórea y materialmente, tienen figura pero no imagen⁽⁴⁵⁹⁾, no son fáciles de individualizar, de distinguir; cada especie, con el resto de sus congéneres, son iguales a diferencia del hombre que cada cual tiene rasgos distintivos.

Podríamos decir que en caso de uso de la “imagen” de un animal su propietario puede alegar la defensa del derecho a la imagen de la cosa propia.

(458) Exp. N° 3459-2012-PA/TC, 3/7/2013, Recurso de agravio constitucional.

(459) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Ob. cit., p. 20.

8. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a la imagen, doctrinariamente encontramos una serie de tendencias que podemos clasificarlas en dos grupos:

- Tesis positiva

Es un derecho independiente.

Toda persona tiene un derecho absoluto y exclusivo sobre su propia imagen.

- Tesis negativa

Es un derecho pendiente ser de la intimidad, la identidad u honor o, interdependiente, de los tres mencionados, se estructura con base en ellos.

Es parte del derecho a la intimidad (elemento configurador de esta) o, de la identidad (elemento identificador de la persona) o, del honor (elemento de valoración).

Santos Cifuentes⁽⁴⁶⁰⁾ nos indica claramente las distintas teorías sobre el tema:

8.1. Derecho al cuerpo

Il ius in se ipsum in re porta alla natura del diritto sulla propria immagine, como lo conceptualizan los italianos.

Antiguamente, se formuló que este derecho tenía relación con el cuerpo. La imagen es la forma del cuerpo humano por lo que más que hablar de un derecho a la imagen debe esta ser tratada dentro del derecho sobre el propio cuerpo, al derivarse y componerse de él. Más específicamente, decía Campoverde, “La imagen es un *quid* corpóreo y material que no resulta simplemente de un sistema de colores, rasgos, sombras, sino de un complejo de huesos, músculos y nervios de cuya particular disposición resulta la fisonomía”⁽⁴⁶¹⁾.

El derecho al cuerpo implica per se el derecho sobre la imagen y su reproducción.

(460) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., 1995, p. 503 y ss.

(461) Cit. AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Ob. cit., p. 61, nota 26.

8.2. No es un derecho

No existe un derecho a la imagen. Sus opositores manifestaban: “Así como no se puede prohibir la impresión en la mente de la imagen de la persona, así tampoco puede negarse la exteriorización de la misma”⁽⁴⁶²⁾. Puedo verte, no lo me lo puedes negar, luego, puedo fotografiarte. Obviamente ambas situaciones son distintas.

8.3. Derecho al honor

Este derecho se encuadra dentro de aquellos que protegen la integridad espiritual⁽⁴⁶³⁾.

No existe un derecho independiente a la imagen sino que se tutela la reputación y la honra. La imagen está amparada cuando su difusión daña el honor, protegiéndose de publicidades injuriosas. Cuando la publicidad es inofensiva se entiende que es lícita y libre, por ende de libre utilización la imagen.

8.4. Derecho a la intimidad

La imagen carece de autonomía y, a contrario sensu, está inserta en el derecho a la intimidad. Forma parte de este derecho por ser un elemento de reserva que exige protección y defensa.

8.5. Derecho a la propiedad

La imagen es un patrimonio moral que solo el titular puede disponer y que los demás deben abstenerse de usarla. Es más, al poder comercializarse la imagen se presenta como un bien disponible del cual su titular puede obtener un provecho económico.

8.6. Derecho a la identidad

La imagen permite identificar, distinguir y diferenciar a las personas de allí que como derecho, conjuntamente con el nombre, esté contenido

(462) Cit. VALENCIA ZEA, Arturo. “Los derechos de las personas (o Derechos Humanos) en el nuevo Código Civil peruano de 1984”. En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 220.

(463) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Gabriel. “Derechos de la personalidad”. En: *La Ley on line*, <www.laleyonline.com.ar>, consultado el 19/10/2013.

en el derecho a la identidad personal⁽⁴⁶⁴⁾, siendo la individualización figurativa de la persona.

8.7. Derecho autónomo de la persona

La imagen cuenta con una autonomía propia.

La imagen es una emanación de la personalidad, un derecho derivado de esta, no es el cuerpo el objeto del derecho sino la figura exteriorizada en los rasgos físicos, exteriores, aquellos que perfilan y delimitan a la persona.

Por nuestra parte, consideramos que la imagen que es un derecho independiente, autónomo, individual, de naturaleza propia; siguiendo a Cifuentes⁽⁴⁶⁵⁾, la figura humana es una de las manifestaciones que se distinguen del cuerpo, honor, intimidad e identidad teniendo características singulares de allí que merezca una esfera jurídica autónoma. Puig Ferriol⁽⁴⁶⁶⁾ alega que la independencia y autonomía de este derecho permite una protección más eficaz de la persona en esta faceta cada vez más necesitada de protección ante los continuos avances de las técnicas comunicacionales.

En esta idea, la imagen se trata de un derecho propio y autónomo⁽⁴⁶⁷⁾ en razón de que la sola captación, sin necesidad de reproducción o publicidad, sin consentimiento de su titular implica una violación sin que sea necesario demostrar que a causa de ello se vea afectada la privacidad, el honor o la reputación de la persona⁽⁴⁶⁸⁾.

9. MANIFESTACIONES

La imagen puede ser captada a través de:

- Foto.
- Film.
- Busto.

(464) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 80.

(465) CIFUENTES, Santos. Ob. cit., 1995, p. 509.

(466) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 107.

(467) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, 2000, p. 404.

(468) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 716.

- Video.
- Dibujo.
- Pintura.
- Grabado.
- Escultura.
- Caricatura.
- Imitaciones.
- Hologramas⁽⁴⁶⁹⁾.
- Cinematografía.
- Captaciones satelitales.
- Representaciones teatrales.
- Cualquier otra técnica que lo permita.

A la vez puede ser difundida a través de:

- Teatro.
- Diarios.
- Internet.
- Cinema.
- Revistas.
- Televisión.

Se discute si es imagen, lo siguiente:

- La sombra de una persona.
- La forma que se deja en una superficie luego de estar echado, recostado o apoyado sobre ella.

9.1. Instituciones afines con la imagen

Podemos citar algunos casos que se relacionan con la imagen.

(469) VARSI, Enrique. @enriquevarsi “El holograma como imagen. ¿Cómo se resguarda este derecho? Héctor Lavoe cantará a través de holograma”. 15/10/2013, 7:44 pm. Tweet.

9.1.1. Retrato narrado

Si bien el retrato literario⁽⁴⁷⁰⁾ como descripción escrita de una persona, llega a identificar y describir al individuo, esta se distingue y diferencia de la imagen humana.

Una cosa es, entonces, la descripción literaria de la persona (esta la leo) y otra su imagen objetiva (esta la veo) pero en el fondo ambas individualizan y representan al sujeto.

Uno la evoca en la mente del lector y otro la precisa gráficamente en el ojo de quien la ve.

9.1.2. Derecho a la caricatura

Es una forma legítima del uso del derecho de libertad de expresión (art. 2, inc. 4, Const.).

La caricatura, según el Diccionario de la Real Academia Española⁽⁴⁷¹⁾, es el dibujo satírico en el que se deforman las facciones y el aspecto de alguien. Es una forma de representar a una persona, caracterizándola, por lo que le son aplicables las normas de la imagen. Bercovitz⁽⁴⁷²⁾ la denomina imagen literaria; Pontes de Miranda⁽⁴⁷³⁾, imagen de la imagen.

Son caricaturas el fotomontaje o la composición fotográfica, según la jurisprudencia de España y Francia⁽⁴⁷⁴⁾.

9.1.3. Máscara escénica

Es el personaje que asume un actor.

Es la representación cinematográfica, teatral, televisiva de una persona por medio de la cual un artista busca interpretarla de la manera más

(470) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 718.

(471) En: <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(472) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 208.

(473) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 90.

(474) España: la STS 7 de marzo de 2006. Francia: Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, del 14 de abril de 1999 (JCP 1999-0408882; Sentencia de la Corte de Apelación de París, del 31 de enero de 1991 (JCP 1991-040150). Cit. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”. En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, <http://diariolaley.laley.es>, consultado el 12/10/2013.

fiel posible. Como cita Tobías⁽⁴⁷⁵⁾ esto puede extenderse la tutela de la imagen, como una forma de representación indirecta de la persona.

9.1.4. Imitaciones de personajes públicos con fines humorísticos

Pueden ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio, las imitaciones con fines humorísticos, a través de caracterizaciones, con las que logran sugerir una identificación con personajes públicos⁽⁴⁷⁶⁾.

9.1.5. Los dobles de personajes públicos con fines publicitarios

Es lícito el uso de dobles de personajes públicos en parodias en la medida en que quien los vea no tenga la menor duda de que no es la persona que aparenta (siempre que no sea con fines patrimoniales).

En esta línea, es ilegítima la intromisión en la imagen cuando quien contempla al doble no pueda percatarse que, efectivamente lo es, lo cual se da cuando el parecido entre este y el personaje conocido, con cuya apariencia exterior sea asociado, sea tan grande y evidente que pueda inducir a confusión a una persona de comprensión media. La confusión no tendrá lugar cuando el medio en el que aparezca la imagen del doble advierta claramente que no se trata de la persona pública a quien se asemeja⁽⁴⁷⁷⁾.

Caso Depardieu: el Tribunal de Gran Instancia de París (17/10/1984) Depardieu c. *Societe Suchard Tobler* consideró ilícita la utilización de un doble de Depardieu para anunciar una marca de chocolates. En este caso entró en colisión dos derechos: (i) el del doble a consentir el uso de su imagen, y; (ii) el derecho de la persona pública a que no se comercie con su imagen, derecho este último que debe prevalecer cuando la imagen del doble sea meramente publicitaria, con contenido económico, a fin de asociar la figura de la persona a quien se asemeja con un producto, promoviendo su venta.

Caso Jacqueline Onassis y Christian Dior: Christian Dior lanzó una campaña publicitaria con la escena de una fiesta, bajo el lema **Tan solo un legendario asunto privado**, en la que mezclaban la presencia de celebridades

(475) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 718.

(476) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”, En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, <<http://diariolaley.laley.es>> (12/10/2013).

(477) Ídem.

reales con la modelo Bárbara Reynolds, de increíble similitud física con Jacqueline Onassis. Jacqueline interpuso demanda por considerar que el anuncio violaba su privacidad. El juez Greenfield estimó que “nadie tiene derecho a pasar por quien no es” y ordenó la retirada de la publicidad y prohibió que la modelo Reynolds continuara representando cualquier acto en el que pudiera ser confundida con Jacqueline Onassis. El caso fue resuelto como una apropiación indebida de la imagen más que como una violación a la privacidad.

9.1.6. Personalización de las cosas

Existen cosas que representan a las personas, que la caracterizan y terminan siendo un apéndice de esta. Así sujeto y objeto se tornan en inseparables⁽⁴⁷⁸⁾. Cosas que personalizan a su dueño y que, como elementos de identificación, son parte de su propia imagen.

Entre algunos casos tenemos:

El bastón y sombrero bombín de Charles Chaplin	Los lentes de John Lennon	La boina del Che Guevara
		

Estos objetos terminan siendo una forma de representación análoga a la imagen con la misma fuerza de esta, una extensión de la persona, parte de su *look*.

En muchos casos estas cosas u objetos personales han sido protegidos como marcas (signos distintivos).

9.1.7. Derecho a la imagen de las cosas propias

Bittar⁽⁴⁷⁹⁾ nos habla de un derecho a la imagen de las cosas de forma que se impida a terceros, sin autorización del propietario, las exponga en

(478) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 721.

(479) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 102.

público (pintura, escultura y otros bienes). Asimismo, Leiva⁽⁴⁸⁰⁾ lo denomina como derecho sobre la imagen de las cosas de nuestra propiedad o derecho a que nadie utilice las imágenes de nuestras cosas.

Muchos de nuestros objetos, bienes, cosas, nos identifican o, finalmente, basta que sean nuestros –míos, tuyos o de ellos– para tener un poder sobre ellos y de todos sus beneficios.

Añade Leiva⁽⁴⁸¹⁾, tomando como base la jurisprudencia francesa donde nace, varias situaciones:

- Si la reproducción de la imagen de la cosa ajena afecta la vida privada de su propietario, o contra algún otro derecho de su propietario
- Si la reproducción de la imagen de la cosa ajena obstaculiza el uso o disfrute de la cosa por su propietario.

Sobre el particular, debe considerarse que si la reproducción de la imagen genera un fruto o ganancia en sí, este corresponde a su propietario. Si lo percibe un tercero no autorizado ello constituirá un ilícito que perjudica al propietario, tomando en cuenta que la imagen del bien, su bien, integra el derecho de propiedad.

Dentro de nuestras cosas estaría: la casa, el carro, la moto, en fin todo aquello que es de mi propiedad.

9.2. Casos límites en la restricción del uso de la imagen

- Prohibir a nuestra madre cuelgue las fotos de nuestra niñez en la sala de su casa (como bien dice Pontes de Miranda⁽⁴⁸²⁾ esto no es publicación).
- Aparecer en la foto de la clase o en el cuadro de méritos del Colegio.

Bien no estaría que una universidad utilice la imagen de un graduado, hoy profesional exitoso, sin su consentimiento o la del atleta que, sin ser auspiciado por Adidas, esta firma haga de su imagen parte de una publicidad.

(480) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho a la imagen de las cosas propias”. En: *La Ley*, 22/02/2006, 22/02/2006, 1 - La Ley 2006-B, 689. <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).

(481) Ídem.

(482) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 84.

Si autorizo la publicación de mi biografía no implica que autorice la publicación de mis fotos, son dos hechos distintos pero relacionados. Sin embargo, podría decirse que hay una autorización tácita que permitiría el uso. Con similar criterio, Pontes de Miranda⁽⁴⁸³⁾, que lo llama representación decorativa o ilustrativa de la persona, considera que quien escribe una biografía respecto de una persona con autorización puede incluir sus fotos, esto con base en el principio *ad maioris ad minus*.

9.3. Imagen accesoria

La imagen de segundo plano o de fondo.

La Ley española de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁽⁴⁸⁴⁾ considera que el derecho a la propia imagen no impedirá “la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria”, *i.e.* que la persona no sea el centro de la noticia.

Sobre el particular, dice Ramón de Verda y Beamonte⁽⁴⁸⁵⁾, que deben tenerse en cuenta los siguientes criterios para determinar la accesoriidad de la imagen:

1. El tamaño de la imagen.
2. El plano desde que se capta.
3. Su carácter fugaz o repetitivo.

Caso del gol de Ronaldo

El 13 de octubre de 1996, durante el partido entre Sociedad Deportiva Compostelana S.A.D. y Barcelona, C.F., Ronaldo realizó una jugada consistente en driblar a varios jugadores del Compostela y, seguidamente, marcar gol. Esta jugada bajo el eslogan “Imagínate que le pides a Dios que te convierta en el mejor futbolista del mundo... y que Dios te escucha” fue materia de un anuncio televisivo en favor de la marca de unas zapatillas deportivas Nike.

(483) *Ibidem*, pp. 91 y 92.

(484) ESPAÑA. Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo.

(485) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. *Ob. cit.*

Los jugadores esquivados demandaron el uso de su imagen, pretensión que fuera denegada al amparo que el centro de la imagen y la publicidad fue Ronaldo⁽⁴⁸⁶⁾.

10. DERECHO A LAS COPIAS

Este derecho se presenta como derivado de la imagen y en él se conjugan criterios de orden de los derechos personales y derechos reales, *i.e.* derechos de autor y establecer quién es el propietario del soporte técnico que contiene las imágenes (los negativos), sin violar el archivo fotográfico del profesional.

Dice Pontes de Miranda⁽⁴⁸⁷⁾ que el derecho a la imagen tiene dos planos:

- El primero, la exclusividad de la imagen como medio de identificación.
- El segundo, el derecho de poder obtener la imagen.

A manera de ejemplo: si Aníbal pide a Juan que lo fotografíe, el primero para obtener las copias debe pagar los servicios del segundo como fotógrafo y, obtenida estas, puede reproducirlas libremente, dándole los fines que desee (no sería admisible que el fotógrafo defienda su derecho sobre la fotos alegando que Aníbal le pidió ser retratado para un cuadro de su casa y terminó comercializando la foto en una millonaria campaña publicitaria de Benetton).

A la fecha, el tema de la entrega de negativos queda fuera de contexto (por su no uso), la digitalización de la imagen lo ha desplazado.

11. DERECHO A LA IMAGEN Y DEPORTE⁽⁴⁸⁸⁾

Como atributo del sujeto, la imagen es un componente utilizado por los deportistas a efectos de generar ganancias muchas veces mayores a las obtenidas por su habilidad deportiva⁽⁴⁸⁹⁾.

(486) Cfr. ALMAGRO NOSETE, José. “Los efectos *colaterales* del gol de Ronaldo”. En: Diario *La Ley*, N° 7133, Sección Columna, 12 Mar. 2009, Año XXX, Ref. D-85, Editorial La Ley, 10928/2009. <<http://diariolaley.laley.es>> (19/10/2013).

(487) MIRANDA, Ob. cit., p. 86 y ss.

(488) VARI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo Editorial, Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 133 y ss.

(489) El futbolista inglés David Beckham, a sus 28 años, fue el símbolo del fútbol-empresa con

En épocas de acontecimientos deportivos importantes, en especial de los mundiales de fútbol, se comercializa la imagen individual y colectiva del deportista y de su equipo en la promoción de productos, indumentaria y artículos deportivos; asimismo los álbumes, cromos y afiches son comunes en épocas de festividad futbolística para lo cual se requiere del consentimiento expreso de los interesados.

Actualmente, la imagen se ha convertido en un elemento autónomo de contenido patrimonial. Se comercializa con ella de una forma exorbitante como consecuencia de la fuerza de la publicidad, del *merchandising*, del mercado.

Tenemos a la imagen como un derecho de la persona y como un valor económico. Uno irrenunciable, el otro cedible y mercantilizable.

La imagen, incluso, obtiene nuevos ribetes como consecuencia del *marketing* y de la promoción de productos innovadores.

contratos con Adidas, Pepsi, Vodafone, BP, Marks & Spencer, Rage software, TBC Cosmetics y Meiji Seika. Sus ingresos por publicidad en los dos últimos años se calculan en \$24 millones y tiene más de 60 mil enlaces web. Con la firma de ropa Marks&Spencer acordó un contrato por más de \$ 4,5 millones por ser el modelo de las nuevas tendencias de verano, Pepsi le paga \$ 4,7 al año, siendo el rostro principal de su publicidad. Así, un tercio de sus ganancias vienen del fútbol, el resto de la publicidad.

<p>David Beckham comercializó su huella digital como fondo en un botín Adidas, el modelo <i>Predator Pulse</i></p>	
<p>Zinédine Zidane cedió sus huellas digitales para el diseño de la fragancia de Adidas <i>Intense Touch</i>.</p>	
<p>Ronaldo nos lleva a la confusión con su nombre, atribuyéndose uno que no es el verdadero (Osvaldo). La idea es promocionar a Tim y la inalterabilidad de los números telefónicos: <i>Ningún muda de nome quando muda de pais. Por que mudar o número de celular?</i></p>	

En el caso de Pelé es un tema aparte. Se retiró del fútbol en 1977 y sigue siendo uno de los deportistas más reconocidos del mundo. Anotó 1283 goles, y desde que se retiró su imagen publicitaria es codiciada por las grandes empresas de todo tipo de rubro. Pfizer, fabricante de Viagra, contrató a Pelé para una campaña publicitaria.



Crees que eres demasiado joven para tener problemas de erección, ¿verdad?, pregunta el futbolista brasileño Pelé. Falso. Los problemas de erección son un problema médico que afecta a uno de cada tres hombres. Si los sufres no lo hagas en silencio. Habla con tu médico.

Yo lo haría. Pelé

En algunos casos los deportistas permiten el uso de su imagen para *comics*, como Muhammad Alí en el célebre enfrentamiento que tuvo nada menos que con Superman. Dos ídolos, uno de carne y hueso, otro un car-tón, dos leyendas. O como el basquetbolista Michel Jordan y la película que protagoniza con Bugs Bunny, Space Jam.



La imagen del deportista exitoso termina siendo, qué duda cabe, un paradigma de allí que la antigua Ley del Deporte consagraba que: “Un deportista de éxito se convierte en el rostro de un país, en la imagen que proyecta a la comunidad internacional. Una imagen que debe ser cultivada cuidadosamente y que hace del deporte mucho más que una actividad recreativa y de competición”⁽⁴⁹⁰⁾.

11.1. Derecho de arena

En algunos países se reconoce el denominado derecho de arena que está, de alguna manera, vinculado con la imagen, es su vecino. Este derecho es una modalidad del derecho de autor mediante el cual se paga al deportista profesional una suma de dinero por la difusión televisiva de su imagen en el evento deportivo en el que participa. Es una contraprestación por el uso televisivo de la imagen de la que el Club, al cual pertenece, ha obtenido un provecho con la suscripción del contrato televisivo. Su importancia es tal que incluso en Brasil se encuentra reconocido a nivel constitucional (artículo 100), entendido como un justo reconocimiento para aquellos deportistas que hacen público el espectáculo deportivo⁽⁴⁹¹⁾. Cada legislación determinará si a los atletas intervinientes en la competición les corresponde un pago por la difusión de su imagen mediante la transmisión de esta derivada de los contratos de televisión. Debe diferenciarse del concepto de derecho a la imagen puesto que el derecho de arena se encuentra referido al hecho de la difusión televisiva de esta en torneos deportivos y no por el mero uso de esta.

11.2. Publicidad testimonial

Es común que un deportista promocioe un producto o servicio con la finalidad de presentar las ventajas y beneficios que de él pueden obtenerse, esto es lo que se conoce como publicidad testimonial⁽⁴⁹²⁾.

Para ello utiliza su propia experiencia y presenta a título de testimonio de vida los resultados que obtuvo en el uso de tal o cual producto. Medicinas, ropa deportiva, hidratantes, energizantes e incluso artículos de uso doméstico o profesional son promocionados por deportistas calificados en los que su testimonio es una excelente forma de posicionar productos

(490) Ley N° 27159, Ley General del Deporte (DOEP, 27/07/99).

(491) MELO FILHO, Alvaro. *Desporte na nova Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 17.

(492) INDECOPI mediante Resolución N° 1566-2006/TDC-INDECOPI (08/11/2006) establece alcances de la publicidad testimonial lícita.

en el mercado, considerándose que los consumidores están pendientes de “modelos de vida”, de “personas éxitos” lo que es muy bien representado por los deportistas. No importa si estos son expertos de lo que publicitan, solo interesa su sentir, su imagen y ese compromiso con el producto. Su nombre o imagen es el “enganche” al público.

12. CASUÍSTICA

Derecho comparado

12.1. Caso Paquirri

Una empresa, sin consentimiento de la familia, comercializó un video que reproducía la cogida del torero, su posterior tratamiento médico y fallecimiento en la enfermería de la plaza Pozoblanco.

La viuda, interpuso demanda contra una empresa que comercializó un video sustentando en una intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar. En primera Instancia obtuvo sentencia favorable, confirmada por la Audiencia Territorial. Sin embargo, el Tribunal Supremo, haciendo abstracción del derecho a la intimidad, casó la sentencia en 28 de octubre de 1986 refiriéndose a personas de profesión o proyección pública, que “la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público” y estima que las imágenes obtenidas son de actos públicos, incluso las de la enfermería que, dijo “no es sino el final del espectáculo”.

La sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de diciembre de 1988 otorgó el amparo pero no por haberse atentado al derecho a la imagen sino al de la intimidad familiar considerando que el derecho a la imagen “no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de este bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto que verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”.

12.2. Caso Otto von Bismarck

El denominado canciller de hierro, fundador del Estado alemán moderno (1815-1898).

Unos fotografías ingresan a la cámara mortuoria de Bismarck fotografiando su cadáver. Los familiares lograron la devolución de los negativos

y procedieron a su destrucción, conforme a la decisión del Tribunal Superior de Reich, 28/12/1899.

Se sustenta en la Ley sobre la protección de las artes, *Kunsturhebergesetz* de 1907 (KUG en adelante) se mantiene en parte vigente⁽⁴⁹³⁾.

12.3. Caso Honoré Balzac

A la muerte del escritor Balzac (1850) es que Alejandro Dumas propone levantar un monumento in memoriam frente a lo cual se opuso la viuda. En 1854 el Tribunal de Sena autoriza la edificación del monumento tomando en cuenta que este es en honor al renombre de un hombre ilustre por lo que es perfectamente válido como homenaje público.

Cabe precisar que en 1891 Emile Zola se encargó de la obra en conmemoración al escultor Rodin (*boulevards Raspail y Montparnasse*, París).

12.4. Dustin Hoffman

En enero de 1999, *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*

Los Angeles Magazine crearon una foto de caracteres o rasgos extendidos utilizando una variedad de imágenes de celebridades tomadas de fotogramas de películas famosas, sin autorización. La revista manipuló las imágenes a fin de que las celebridades aparezcan usando ropa de diseñadores modernos. V. gr., el personaje de Dustin Hoffman en “Tootsie” fue vestido con un traje de Richard Tyler y con tacones de Ralph Lauren.

(493) WANDTKE y BULLINGER, *Urheberrecht*, 3ª ed., München, 2009, Comentario al artículo 22 de la KUG: § 22 [Recht am eigenen Bilde]: “...Das Recht am eigenen Bild wurde als Teil des Kunsturhebergesetzes (KUG) vom Gesetzgeber im Jahre 1907 eingeführt. Es ist als Reaktion auf Auswüchse infolge des Aufkommens der Fotografie und der Vervielfältigungsmöglichkeiten der Massenmedien zu verstehen. Auslöser war ein erster ‘Paparazzi’-Fall: Fotografen waren in das Sterbezimmer Otto von Bismarcks eingedrungen und hatten den Leichnam fotografiert. Das RG konnte die Verbreitung der Fotos nur gestützt auf Hausfriedensbruch untersagen (RGZ 45, 170). Die hiermit erkennbar gewordene Regelungslücke sollte durch das KUG geschlossen werden, das einen Ausgleich zwischen dem Achtungsanspruch der Persönlichkeit und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit vorzunehmen sucht...”. [El derecho a la propia imagen se introdujo como parte de la Ley de Derecho de Autor (*Copyright Act*) por la legislatura en 1907. Es de entenderse como una reacción a los excesos debido a la llegada de la fotografía y las posibilidades de reproducción de los medios de comunicación. Es el caso de los Paparazzi: el fotógrafo había entrado en la cámara de la muerte de Otto von Bismarck fotografiando el cadáver. El RG indicó que la difusión de las fotos solo es compatible cuando no existe prohibición (RGZ 45, 170). El vacío debe ser completado por la Ley de Derecho de Autor que busca hacer un equilibrio entre la demanda de respetar la personalidad y de la información de interés general...].

Hoffman fue recompensado con US\$ 3,270,000 por la violación de sus derechos de publicidad. El monto consistió en US\$ 1.5 millones por daños compensatorios, US\$ 1.5 millones por daños punitivos, y US\$ 270.000 por honorarios de abogado. El caso fue revertido en apelación utilizando un análisis de la Primera Enmienda⁽⁴⁹⁴⁾.

12.5. Caso Andrés García con Laboratorios Hersil

En febrero de 1995 el actor dominicano mexicano Andrés García vino al Perú para conocer a fondo las propiedades de la Uña de Gato y agradecer a la familia Schuler por su recuperación de un proceso canceroso que pudo superar gracias al mencionado producto, este reconocimiento lo hizo en conferencia de prensa televisiva, sin ningún sentido comercial.

Sin embargo, luego de dicha visita Tracker S.A., asociada a Laboratorios Hersil S.A., editó un video con su imagen y declaraciones que fueron difundidas como propaganda comercial y con la intervención de una empresa publicitaria confeccionó afiches con su fotografía mostrando que la *Uña de Gato Oscar Schuler Egg* lo ayudó a recuperar su salud, con el consiguiente provecho comercial obtenido, al darle forma a una propaganda no autorizada, valiéndose de su popularidad como cotizado actor de habla hispana.

Las empresas aludieron una supuesta autorización tácita del actor a que se realicen dichos actos. El caso terminó de manera definitiva, a partir de la Casación N° 2162-97 del 18 de junio de 1998, que confirma las resoluciones de ordenar que las empresas demandadas cesen de utilizar la imagen del actor en cualquier campaña publicitaria y que, asimismo, de manera solidaria, abonen a favor del actor cincuenta mil dólares americanos, más los intereses de ley, por concepto de indemnización.

12.6. Caso Panini - Editorial Navarrete

La editorial Panini publicó álbumes, cromos y afiches del Mundial Francia 98 sin contar con la licencia en el uso de la imagen de los jugadores. Ello genera un proceso en el que se demanda a Panini por la ilicitud del acto de comercializar con la imagen de terceros sin la autorización

(494) *Right of Publicity. The authoritative online resource for in-dept analysis & discussion of the Right of Publicity.* En: <<http://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>> (09/10/2013).

correspondiente, hecho que fue negado alegando que nunca les había sido solicitado dicho permiso en publicaciones previas al litigio.

Mediante Res. N° 0245-1999/TDC-INDECOPI (publicada el 29/07/2006) se declaró fundada la demanda con base en la violación de la empresa editorial al artículo 15 del Código que prohíbe lucrar con la imagen de terceros sin la autorización respectiva.

II. DERECHO A LA VOZ

1. ETIMOLOGÍA

Del latín *vox*, sonido hecho por la boca.

2. CONCEPTO

La voz es el sonido reconocible de la persona. El lenguaje oral.

El ser humano es el único animal que tiene voz. A través de ella se comunica, se expresa voluntariamente.

Otros animales aúllan, balan, berrean, croan, ladran, maúllan mugen, pían, rebuznan, relinchan, gruñen en fin diversos sonidos onomatopéyicos que no son voces. El hombre habla, ríe, llora, grita, gime, canta, silva siendo modos de expresión sonoros propios del hombre⁽⁴⁹⁵⁾.

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽⁴⁹⁶⁾, *Voz*. (Del lat. *vox, vocis*). 1. f. Sonido que el aire expelido de los pulmones produce al salir de la laringe, haciendo que vibren las cuerdas vocales. ...5. f. Palabra o vocablo.

(495) Existen algunos sonidos de animales que semejan a los del hombre pero, a pesar no ser iguales, se les da una denominación similar: Cotorra, Loro, **Habla**; Hiena, **Ríe**; Cocodrilo, **Llora**; Pavo, **Grita**; Alondra, Ballena, Gallo, Grillo, Rana, **Canta**; Codorniz, Lechuza, Chorlito, Marmota, **Silva**.

(496) En: <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

A decir de Tobías⁽⁴⁹⁷⁾ constituye el modo sonoro que posibilita identificar a una persona sin intervención de la visión; en esa misma línea Bittar⁽⁴⁹⁸⁾ sostiene que la voz permite identificar a una persona sin verla, asociando su voz a su imagen; mentalmente la persona es visualizada por asociación del sonido. El timbre, entonación, énfasis de la voz de una persona nos es familiar, a través de ella nos identificamos sin necesidad de presencia física, basta oír directamente o por una grabación para saber de quién se trata o de quien es la voz escuchada.

Para Gerard Bauer⁽⁴⁹⁹⁾ la voz humana opera a modo de una segunda cara; para Bittar⁽⁵⁰⁰⁾ este derecho incide sobre la emanación sonora natural de la persona, proveniente de su aparato fonador⁽⁵⁰¹⁾ y que es ejercitada en toda su evolución para adquirir en su fase adulta, su conformación definitiva.

Es así, que la voz está representada por un:

- **Concepto amplio**, el sonido del hombre por la boca, o;
- **Concepto delimitado**, el conjunto de palabras que emite el hombre y que representan un lenguaje que le permite comunicarse, expresarse, interrelacionarse.

3. DENOMINACIÓN

Derecho a la voz, derecho a la palabra o, más específicamente, derecho a la palabra hablada. Leiva⁽⁵⁰²⁾ lo denomina derecho físico de expresión.

Así también, y en relación con la imagen, se le ha llamado imagen sonora.

(497) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 731.

(498) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 103.

(499) Cit. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho personalísimo sobre la propia voz”. En: *La Ley*, 1990-A, 845, <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).

(500) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p.103.

(501) Nombre que designa a los diferentes órganos que intervienen en la articulación del lenguaje en el ser humano: la laringe, la cavidad bucal, los labios, la lengua, el paladar, la mandíbula y la cavidad nasofaríngea <http://es.wikipedia.org/wiki/Aparato_fonador>, 29/09/2013.

(502) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p.103.

En el Derecho comparado *Recht äußern*, *Recht am gesprochenen Wort* (Alemania), *le droit à la voix, voix humaine* (Francia), *Righth to voice*, *Righth of publicity* (inglés).

4. DEFINICIÓN

Espinoza Espinoza⁽⁵⁰³⁾ refiere que el derecho a la voz es la situación jurídica en la que se tutela el sonido de las cuerdas vocales de la persona, a efectos de que su reproducción se haga de manera fiel y con el consentimiento de esta. Este derecho también forma parte del derecho a la identidad entendido, en su manera estática.

El derecho a la voz es la protección que se brinda a la sonoridad de la persona, a la forma que esta tiene de comunicarse sea a través de un lenguaje vocal o de otro sonido expresivo de forma que nadie pueda hacer uso total o parcial de ella sino mediante autorización del titular.

5. FUNDAMENTO

La voz cumple de forma prioritaria la función de servir de vehículo de comunicación verbal⁽⁵⁰⁴⁾.

La palabra humana, como refiere Menezes Cordeiro⁽⁵⁰⁵⁾, es la característica que permite reportar a determinada persona y solo a ella. La voz es un elemento de la identidad de la persona⁽⁵⁰⁶⁾, la individualiza en sociedad. Por ello se impedirá que se atribuya a una persona una voz distinta a la que tiene o tomar como voz de uno la de otro. La ley busca tutelar su uso sin alteraciones, la originalidad es parte de este derecho.

El derecho a la voz tiene su fundamento en la tutela y protección del aspecto sonoro y de comunicación de la persona. Se dota a la voz de una protección especial tomando en cuenta que es un medio de identificar a la persona, siempre que concurren los siguientes aspectos inmateriales⁽⁵⁰⁷⁾:

(503) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Lima, Grijley, 2012, p. 592.

(504) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas, Madrid, 1997, p. 42.

(505) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 236.

(506) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II, vol. III, p. 231, Bosch, Barcelona, 1983, p. 244.

(507) TOBIÁS, José W. Ob. cit., pp. 731 y 732.

- Reconocibilidad, poder ser identificado a través de ella.
- Individualización, función de personificación.
- Individualidad, pertenencia a alguien concreto, único y diferente.

Como signo sonoro de la identidad debe considerarse que por regla la persona tiene solo una voz, no puede tener más de una. Salvo casos especiales, un sujeto puede alterar o fingir el timbre, tono, velocidad y modulación de su voz, haciéndola peculiar y típica de él. En estas situaciones podemos decir que una persona puede tener varios timbres de voz, todos protegibles pero, según el caso, sea a través del derecho a la voz o del derecho de autor (caso este último de las representaciones o modificaciones artísticas de la voz, como las imitaciones y la ventriloquía *–venter loqui–* hablar con el vientre).

6. TITULARES

Básicamente la persona natural.

No el concebido ni la persona jurídica.

Cadáver.- Aquella voz que en vida se tuvo es resguardada por los familiares en mérito de la memoria. Defienden su uso, conceden autorización o la revocan y prohíben su uso.

Indiscutiblemente, el mudo no tiene voz, solo emite sonidos guturales carentes de identidad. Hay voces discapacitadas como las del gago o del tartamudo; otra peculiares como las del ceceoso, nasal, gangoso.

7. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho a la voz, doctrinariamente encontramos dos grupos:

- **La voz es parte del derecho a la imagen:** la voz sigue la misma suerte, trato y protección que el derecho a la imagen. Para Pontes de Miranda⁽⁵⁰⁸⁾, este derecho está contenido en la imagen, no son derechos paralelos. En igual sentido Cifuentes⁽⁵⁰⁹⁾, quien iguala este derecho

(508) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 80.

(509) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 518.

con la imagen visual, teniendo la misma trayectoria porque parten del mismo objeto: la representación formal sensible de la persona.

- **La voz es un derecho autónomo:** la voz merece un trato independiente como un derecho subjetivo. Para Leiva⁽⁵¹⁰⁾ la voz se protege en **estado puro** cualquiera sea su contenido como derecho personalísimo autónomo en cuanto manifestación esencial o nuclear de la integridad física y espiritual o de la libertad de una persona determinada. En igual sentido, Ramón de Verda y Beamonte⁽⁵¹¹⁾ considera que la voz merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona, distinto de la imagen.

El Derecho comparado va en esa tendencia, Alemania⁽⁵¹²⁾, Francia⁽⁵¹³⁾, Italia⁽⁵¹⁴⁾.

Por nuestra parte, consideramos que es un derecho independiente, autónomo, individual, de naturaleza propia.

8. MANIFESTACIONES

La voz puede ser captada a través de:

- Video.
- Disco.

(510) Cit. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Ob. cit.

(511) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”. En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, <<http://diariolaley.laley.es>> (12/10/2013).

(512) HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª ed., Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967, pp. 309-311; LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed. continuada por M. WOLF, C.H. Beck she Verlangsbuchhandlung, München, 1997, p. 156; LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, en *Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª ed. a cargo de H. HÜBNER, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1966, p. 432.

(513) HUET-WEILLER, D. “La protection juridique de la voix humaine”, *RTDC* 1982, pp. 512-513; CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11.ª ed., Montschrestien, París, 2003, p. 296; MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., Y CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª ed. por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, París, 1997, pp. 78-79.

(514) MUSATTI, A., «Specificazione e personalità», *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, pp. 317-318; DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 120; BIANCA, M., *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I sogetti*, 2ª ed., Giuffrè Milano, 2002, p. 186.

- Cintas.
- Grabación.
- Radiorreceptores.
- Micrófonos ocultos.
- Soportes magnéticos.

A su vez puede ser difundida a través de:

- TV.
- Radio.
- Teléfono.
- Reproducción.
- Utilización comercial.
- Medios de comunicación.

Para Leiva⁽⁵¹⁵⁾, la voz es violada mediante la utilización no anunciada –y por tanto no autorizada– de aparatos telefónicos de parlante abierto, manos libres, *hands free*. Sin embargo, la mera escucha o audición no autorizada, sea o no clandestina, configura una violación del derecho a la intimidad y –por tanto– escapa al presente análisis.

Hoy la identificación de la voz por medios tecnológicos para (des)activar artefactos o componentes mecánicos como contestar llamadas, prender el carro, abrir la puerta, llevan a la voz a variadas instancias (fonoscopia) que exigen de un mayor tratamiento normativo.

El derecho a la voz se manifiesta en todas las direcciones posibles:

- La voz en conversaciones.
- La voz de los oradores, poetas, recitadores y expositores.

La voz de los cantantes, susceptible de ser utilizada a través de ediciones fonográficas con fines de reproducción, difusión o ventas, es protegida como interpretación artística por medio del derecho de autor.

(515) Cit. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. Ob. cit.

En casos especiales se le impone un tratamiento especial dada su trascendencia: la voz de Carlos Gardel es Patrimonio de la Humanidad (UNESCO, 01/09/2003).

9. ¿OTRAS FORMAS DE VOZ?

El Código trata de la voz, no del lenguaje.

A través del derecho a la voz se protege la sonoridad y vocalización de la persona. La primera definición del diccionario, como hemos visto, no relaciona la voz con el habla sino solo con el sonido, conceptualización amplia y genérica.

Se discute si es voz, otros variados sonidos que emite el hombre por la boca, tales como:

- **Risa**, está compuesta por el movimiento de la boca y del rostro para demostrar alegría, a los que se le añade un sonido característico de cada persona.
- **Silbido**, es el sonido agudo que resulta de hacer pasar con fuerza el aire por la boca con los labios fruncidos o con los dedos colocados en ella convenientemente.

Indiscutiblemente no puede considerarse voz:

- **Tos**, es el movimiento convulsivo y sonoro del aparato respiratorio del hombre y de algunos animales.
- **Pedo**, es la ventosidad que se expelle del vientre por el ano acompañado de un ruido.
- **Eructo**, es el acto de expeler con ruido por la boca los gases del estómago.
- **Llanto**, efusión de lágrimas acompañada frecuentemente de lamentos y sollozos. No marcan una característica en la persona, casi todos los llantos son iguales.
- **Suspiro**, aspiración fuerte y prolongada, seguida de una espiración de aire, acompañada de un gemido; suele denotar pena, ansia o deseo.
- **Ronquido**, hacer ruido o sonido bronco con el resuello cuando se duerme.

- **Estornudo**, acto de despedir o arrojar con violencia el aire de los pulmones, por la espiración involuntaria y repentina promovida por un estímulo que actúa sobre la membrana pituitaria, normalmente con un sonido característico en español: achís⁽⁵¹⁶⁾.

El Código de Paraguay utiliza el término voz de forma amplia⁽⁵¹⁷⁾, referida al llanto o gemido, claro que lo hace en un contexto distinto al derecho que estamos tratando, cuando se refiere a las formas de determinar el nacimiento con vida.

No es voz:

- **Los sonidos de los órganos humanos**, los latidos del corazón⁽⁵¹⁸⁾, por ejemplo. Sería un caso interesante el hecho de aquel médico que venda para una campaña publicitaria el sonido anormal (con un soplo) del corazón de su paciente a fin de que sea utilizado como fondo para una publicidad.
- **Los sonidos cuasi humanos que pueden hacer algunos animales entrenados**. Un perro que dice “Buenos días”, un loro “...Señor son las dos de la tarde y su almuerzo está listo” y otras tantas expresiones más. En caso un tercero tome estas frases sin autorización y las imite no estaría violando el derecho a la voz –los animales no la tienen–, estaría cometiendo la usurpación de la cualidad de un animal que, como bien, tiene un propietario que es el único autorizado para su correspondiente aprovechamiento.
- **Las psicofonías** (voces psicofónicas) aquellos sonidos paranormales (fantasmas), quien capta estas voces violaría el derecho a la propiedad en la que son captadas.

Finalmente, es voz todo aquello a través de lo cual el hombre utiliza sonoramente para comunicarse y que marca en él una identidad propia y singular. De acuerdo con ese criterio es voz todo aquel sonido que

(516) VARSÍ, Enrique. @enriquevarsi: ¿Por qué los sordos estornudan sin “achís”?; 4:58 AM - 11 jul 13 4:58 am, 11 jul 13, tweet. 4:58 am - 11 jul 13. A diferencia de las personas que oyen, los sordos no hacen “achís” al estornudar. Más aún, cada idioma tiene su propio sonido. En portugués es “atchim”; en japonés “hakashun”.

(517) PARAGUAY. CC. Artículo 32.- Repútese como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubieren oído la respiración o la voz del nacido o hubieron observado otros signos de vida.

(518) Por cada latido, el corazón emite dos ruidos cardiacos separados uno del otro por un silencio. Estos ruidos se llaman Lub-dub, *tic - tac ut vulgum dicitur*.

utiliza para comunicarme, así tenemos el habla (en tonos suaves o en gritos), la risa, el silbido.

Es voz	No es voz
Habla	Tos
Risa	Pedo
Silbido	Eructo
	Llanto
	Suspiro
	Ronquido
	Estornudo

Es voz también el eco, *i.e.* el sonido acústico que produce la voz.

Debemos diferenciar lo que es propiamente voz de aquello que identificamos como un ruido.

¿Será voz el grito de Tarzán? No.

¿Qué voz podría tener Mr. Bean o Chaplin? Ninguna. Ellos se expresan solo por mímica, no tienen voz.

El mudo tiene el derecho pero no lo fisiológico que le permita ejercerla.

10. CASUÍSTICA

10.1. Caso María Callas

Una cadena de televisión reprodujo dos fragmentos de obras líricas, cantados por María Callas, captadas sin el conocimiento de la cantante durante una prueba que había hecho en el teatro de los Campos Elíseos con la sola presencia de su chófer y dama de cámara, a fin de verificar si conservaba sus extraordinarias cualidades vocales. Callas llegó a la conclusión de que no las conservaba y dejó de cantar hasta el momento de su muerte, acaecida un año después.

Los fragmentos fueron reproducidos en un programa dedicado a la soprano, como prueba de que había conservado intacta su voz, para acallar los rumores de que al final de su vida la había perdido. Sin embargo, la madre y hermana de la cantante interpusieron una demanda de resarcimiento de daños por haberse reproducido la voz de la artista sin su consentimiento.

El Tribunal consideró que la voz es un atributo de la persona, una especie de imagen sonora, y la difusión sin autorización especial y expresa, es un acto lesivo, por lo que condenó al secretario general del teatro, por la grabación ilícita y posterior entrega a la televisión, a pagar una indemnización simbólica de un (1) franco a los herederos de María Callas, explicando el carácter simbólico de la indemnización en la constatación de que se había perseguido un fin cultural y de que no había existido ánimo de perjudicar la memoria de la soprano, sino todo lo contrario⁽⁵¹⁹⁾.

10.2. Caso Depardieu

El Tribunal de Grand Instance de París, en el fallo del 17/10/84 *in re Depardieu c. Societe Suchard Tobler co*, consideró que el personaje parecido a Gerard Depardieu y que imitaba a la perfección su voz, incluso llegándose a pensar que era el mismo artista quien hacia el aviso, implica una violación a la voz.

III. TRATAMIENTO LEGAL UNIFORME. LA IMAGEN Y LA VOZ

1. GENERALIDADES

Para Vidal Martínez⁽⁵²⁰⁾ la imagen y voz son parte de la zona nuclear de la personalidad.

Son valores individualizadores, manifestaciones sensibles de la persona derivados de su esencia y, por tanto, entroncados en la dignidad. Se relaciona con el derecho a la intimidad. Su violación, además, puede afectar el derecho al honor (fotos obscenas, grabaciones de una conversación indecente) o la identidad (el fotomontaje que coloca a una persona en un tiempo distinto, alterar la voz).

La imagen y la voz de una persona cambian, varían –quizá más la primera que la segunda - conforme envejece. La imagen, hoy, puede no solo perfilarse con la cirugía estética o variarse con cirugías extrema (*blefaroplastia*, párpados; *epicantoplastia*, ojos; *rinoplastia*, nariz; *cirugía*

(519) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. Ob. cit.

(520) Cit. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho personalísimo sobre la propia voz”. En: *La Ley*, 1990-A, 845, <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).

ortognática, boca y mentón) sino que puede cambiarse totalmente el rostro⁽⁵²¹⁾, ser físicamente otro lo que, acompañado con la variación del nombre, implicaría una alteración completa de la identidad que podría ser utilizada, incluso, para evadir a la justicia⁽⁵²²⁾ (caso cercano en nuestro medio es el de Vladimiro Montesinos cuando, prófugo de la justicia, se sometió a innumerables cirugías estéticas). El cambio de rostro está negado en muchos países, salvo motivos quirúrgicos. Con la voz sucede algo distinto, puedo perderla, mudez, pero no cambiarla (en todo caso impedir que varíe que se conserve un cierto tono, los *Castrati* - Farinelli).

2. NIVEL DE PROTECCIÓN

- La cautela y de resguardo se ofrecen de la siguiente manera:
- Delimita el uso por parte de terceros.
- Tutela la intimidad, identidad y honor.
- Limita las representaciones infieles de la persona.
- Protegen a la persona en su dimensión gráfica y sonora.
- Evita y restringe la comisión de actos que alteren los caracteres esenciales que identifican a la persona.

Intimidad, honor, nombre, imagen y voz son realidades cercanas pero no cabe incluirlas unas en el concepto de otras.

3. ÁMBITO

Son dos los ámbitos de estos derechos:

3.1. Moral

Como derecho es subjetivo.

Como derechos tiene un acentuado carácter ético, y por tanto, extrapatrimonial.

(521) El primer antecedente lo tenemos con el caso de la francesa Isabelle Dinoire, primera persona en recibir un trasplante parcial de cara el 27 de noviembre de 2005 en el hospital de Amiens, Francia.

(522) *Face/Off* película de acción dirigida por John Woo de 1997.

3.2. Patrimonial

Como actividad es económica.

Puede lucrarse con su aprovechamiento, cederse para su uso.

Azurmendi⁽⁵²³⁾ considera que debe tomarse en cuenta dos elementos:

- La imagen puede convertirse en objeto de comercio al tener un contenido material –representación visible y reconocible– susceptible de ser manipulada (fijada, reproducida, difundida y utilizada).
- El objeto de comercio no es la propia imagen sino la facultad de difundirla.

El contrato de uso de la imagen o la voz debe contener:

- Determinación específica del uso, indicar para qué sí y para qué no.
- Plazo, no es posible la contratación indefinida.
- Condiciones.
- Retribución.
- Renovación.
- Cláusula de exclusividad.

Estos contratos deben interpretarse y ejecutarse en la forma que pueda estimarse menos lesiva a la dignidad de la persona⁽⁵²⁴⁾. Este derecho puede variar o, en todo caso, por diversas causas la persona facultada de su uso lo pierda⁽⁵²⁵⁾ ante el cambio de estado o condición del titular. La modelo que se casa, el modelo esbelto que engorda o que pierde pelo o se le vuelve cano, casos en los que se admite la revocación.

4. CARACTERÍSTICAS

El derecho a la imagen y la voz tienen las siguientes características:

(523) AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas, Madrid, 1997, p. 36.

(524) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 109.

(525) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003, p. 99.

- Es un **derecho innato**. Surge con el ser humano y perdura en calidad de memoria hasta después de la muerte trascendiendo a los familiares.
- Es un **derecho patrimonial**, puede lucrarse con el uso de los elementos. Permitir la circulación de su imagen en revistas, en el cine, para la propaganda de artículos, así como la voz en representaciones comerciales. Como dice Bercovitz⁽⁵²⁶⁾, de todos los bienes de la personalidad la imagen es, sin duda, uno de los más comercializables, véase los casos de la publicidad y la pornografía, casos estos en los que la imagen es su fundamental alimento.

Actualmente, la imagen se ha convertido en un elemento autónomo de contenido patrimonial. Se comercializa con ella de una forma exorbitante como consecuencia de la fuerza de la publicidad, del *merchandising*, del mercado. Tenemos, entonces, a la imagen y la voz como derechos de la persona y como valores económicos. Uno irrenunciable, el otro cedible y mercantizable.

- Son derechos **autónomos**.
- Es un **derecho disponible**, puede ser cedido sea a título oneroso o gratuito. Se encuentra en el comercio de los hombres. Es comercializable.

5. ASPECTOS

La imagen y la voz son derechos de la persona que solo esta puede disponer o prohibir su uso. Un tercero no puede *ad libitum* beneficiarse de ellos, se requiere del asentimiento previo de su titular, sea expreso o tácito.

En caso de muerte la autorización corresponde, excluyentemente y en este orden, a:

- Cónyuge.
- Descendientes.
- Ascendientes.
- Hermanos (sean completos o medios).

Si bien la norma no se refiere de forma expresa al conviviente por interpretación extensiva, y habiéndose reconocido derechos patrimoniales

(526) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 208.

sucesorales a la unión estable conforme a la Ley N° 30007, resulta lógico que deba estar facultado para autorizar el uso de la voz o la imagen de quien en vida fue su compañero⁽⁵²⁷⁾.

El derecho a la imagen y la voz comprenden dos aspectos:

5.1. Facultad de disposición

Es el aspecto positivo, de realización.

Asentir a que sea utilizado. Es el denominado derecho de permitir.

Es la facultad que permite a su titular autorizar la obtención, reproducción, difusión y publicación por un tercero sea cual fuere la finalidad perseguida (informativa, comercial, científica, cultural, etc.).

Permite el uso o aprovechamiento solo con expresa de su titular, sea onerosa o gratuita.

5.2. Facultad de prohibición

Es el aspecto negativo, de impedimento o de exclusión.

Restringir que sea utilizado. Es el denominado derecho de interdicar.

Es la facultad que permite a su titular no autorizar la obtención, reproducción, difusión y publicación por un tercero.

Implica la facultad de prohibir a terceros la apropiación. Restringe el uso o aprovechamiento sin autorización expresa. Derecho de excluir la reproducción o publicación.

Revocación. Dentro de esta facultad se comprende los casos en los que el titular revoca su consentimiento, v. gr. en los casos de:

- **Uso indebido** (Cigarrillos Kent sacó un nuevo empaque de cigarrillos que resultaba más difícil ver a Don Miguel, lo que violó la ley antitabaco y generó la indignación de él que cedió su imagen antitabaco para ser visto de forma clara y objetiva).

(527) VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”. Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho. En: *La Ley*, año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013, p. 5.

- **Uso no autorizado** (la foto no autorizada de la modelo Jessica Alba en la revista *Play Boy*).
- **Aprovechamiento de la imagen para fines no consentidos** (permiso que me tomen una foto en ropa de baño en un campeonato de natación y terminan utilizando la imagen para promocionar una academia, o una marca de trajes de baño; permiso que me tomen una foto para promocionar la edición Código Civil y terminan usándola para promocionar un perfume).

Así como la autorización constituye un derecho potestativo, el titular de la imagen puede revocarlo *ad libitum*, en caso procedería se indemnizcen los daños que pudiere generar la revocatoria⁽⁵²⁸⁾.

Trascendencia de las facultades. Téngase en cuenta que la facultad de disposición y de prohibición en el uso de la imagen y la voz no caduca, es inmemorial, se prolonga *per secula seculorum* hasta que no exista ninguno de los sujetos que la ley faculta a dar la correspondiente autorización, es un derecho *ad vitam*. Este carácter *ad eternum* se da, básicamente, por dos razones:

- Una general, si bien la muerte extingue los derechos expectante el respeto de la memoria queda que constituye, en esencia, una prolongación del sujeto que debe ser tutelada por el Derecho⁽⁵²⁹⁾.
- Una especial, por el hecho que el Código establece que la puesta de manifiesto de la intimidad requiere asentimiento de la familia, in límine del cónyuge, a contrario sensu de los demás familiares y, en esta razón, debe considerarse que la línea recta descendente se prolonga por el tiempo sucesivamente dejando más herederos en el camino como los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, trastaranieta y en adelante, el resto de choznos.

En algunos estados norteamericanos tiene un límite: Tennessee 10 años después de la muerte; Virginia 20; Florida 40; Kentucky, Nevada y Texas 50; California 70; Washington 75 e Indiana 100 años.

(528) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 21ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 273.

(529) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.

6. USO LIBRE DE LA IMAGEN Y LA VOZ

No es necesario el asentimiento del titular cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por:

- **Por la notoriedad de la persona**, es el caso de los artistas, modelos, políticos y deportistas⁽⁵³⁰⁾ –*publics figures and celebrities*– quienes actúan en público y a él deben su éxito y fama, por lo que resulta lógico y explicable que su público reclame dicha imagen y voz, sin que para su exposición se requiera del asentimiento expreso⁽⁵³¹⁾. En estos casos el consentimiento se presupone⁽⁵³²⁾. Es la propia persona la que determina su círculo de privacidad y nivel de notoriedad (cómo pretender cautelar mi imagen de los comentarios de los demás si he posado para la revista *Play Girl*).
- **Por el cargo que desempeñe**, relacionado con la función de la persona, pública o privada, que finalmente implica un deberse a los demás, comprometido con estos estoy.
- **Por hechos de importancia o interés público**, como es el caso de acontecimientos sociales que impliquen una trascendencia o por hechos de orden judicial o policial.
- **Por motivos de índole: científica, didáctica o cultural**, son parte del acervo social, de la vida en comunidad, los pasos de la vida de un país. No podemos apropiarnos de la historia ni de los acontecimientos históricos de una sociedad, son de todos.

Todos y cada uno de estos supuestos tienen que estar enmarcados, necesariamente, en un contexto de importancia y trascendencia (de valor

(530) La imagen es un componente utilizado por los deportistas a efectos de generar ganancias muchas veces mayores a las obtenidas por su habilidad deportiva. El futbolista inglés David Beckham, a sus 28 años, fue el símbolo del fútbol-empresa con contratos con Adidas, Pepsi, Vodafone, BP, Marks & Spencer, Rage software, TBC Cosmetics y Meiji Seika. Sus ingresos por publicidad en los dos últimos años se calculan en \$ 24 millones y tiene más de 60 mil enlaces web. Con la firma de ropa Marks & Spencer acordó un contrato por más de € 4,5 millones por ser el modelo de las nuevas tendencias de verano, Pepsi le paga \$ 4,7 al año, siendo el rostro principal de su publicidad. Así, un tercio de sus ganancias vienen del fútbol, el resto de la publicidad. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo Editorial, Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 133, nota 37.

(531) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12^a edición. Motivensa, Lima, 2012, p. 164.

(532) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 100.

general) y que sean realizados en público (notorio, abierto), de allí que el Código mencione:

- **Y siempre que estén relacionados con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público**, debemos a dos supuestos i) **hechos o ceremonias de interés general**, tomando en cuenta que son de interés social y que su realización marca una importancia en la sociedad y, ii) **que se celebren en público**, se refiere a lugares de libre acceso, que se llega a ellos sin mayores límites (no es un lugar público una playa nudista, o la enfermería de una plaza de toros, o la morgue, o la sala de cuidados intensivos).

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra los siguientes derechos de la persona a cual corresponda la imagen o la voz:

- Honor.
- Decoro.
- Reputación.

7. EXCLUSIÓN DEL USO DE LA IMAGEN DE PERSONAJES PÚBLICOS PARA FINES PUBLICITARIOS O PATRIMONIALES

Es el denominado *Rigth of publicity*.

Es la acción destinada a la protección de las personas públicas contra la explotación comercial no consentida de su imagen. Difiere del *rigth of privacy*, el cual opera en personas que no tienen vida notaria.

De Verda y Behamonte⁽⁵³³⁾ expresa claramente que no está permitida la utilización no autorizada de la imagen de personajes públicos para fines publicitarios (promoción de un producto), ni para la venta de objetos (muñecos) en los que se reproduzca la figura, siendo esta la que otorgue su valor comercial. Plantea los siguientes casos:

(533) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”. En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, <<http://diariolaley.laley.es>> (12/10/2013).

Caso Errol Flynn. La sentencia del Tribunal de Torino del 7 de abril de 1954 consideró abusiva la utilización de la imagen del actor para promover la venta de un licor.

Caso Elizabeth Taylor. La Sentencia del Tribunal de Milán del 16 de mayo de 1989 reputó ilegítimo el uso de una fotografía de la actriz para anunciar una colección de ropa.

7.1. Campañas de promoción general

Es ilícito el uso no autorizado de la imagen de personajes públicos cuando se utiliza en campañas de promoción general.

Caso Giorgio Armani: La sentencia de la Sección Primera de la Casación Civil, del 2 de mayo de 1991, núm. 4785 (*Iuris data*) consideró ilícita la reproducción de una fotografía de Giorgio Armani, sin el consentimiento de este, para ilustrar una campaña publicitaria internacional sobre la moda italiana.

7.2. Fines patrimoniales

Es ilícito el uso de la imagen de personas de notoriedad pública, sin el consentimiento de estas, para fines estrictamente crematísticos.

Caso Mazzola, La sentencia de la Casación Civil, del 10 de noviembre de 1979, núm. 5790 (*Foro it.* 1980, I, c. 81), consideró ilegítima la reproducción en un pequeño muñeco, que se vendía como juguete, de la figura de un famoso jugador de balompié Sandro Mazzola.

8. ACTOS ILÍCITOS

Una cámara y un micrófono son los medios más usuales para violar uno y otro derecho.

La violación se produce con el aprovechamiento sin autorización, *i.e.* publicadas, expuestas o utilizadas sin el asentimiento de la persona⁽⁵³⁴⁾. Sin embargo, podemos decir que la afectación de estos derechos se configura a través de la simple captación o grabación, no siendo necesaria la difusión, basta la falta de autorización. Todos aquellos actos inconsultos, incontinentes en los que el titular no da su asentimiento, afectan los derechos a la imagen y la voz.

(534) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Ob. cit., p. 164.

La publicidad es el medio más usual del uso de la imagen y la voz, proyectando a la persona en razón a objetos, servicios y tendencias de moda. Sin embargo, la imagen y voz pueden violarse de innumerables formas y a través de diversos mecanismos.

- Uso indebido de las fotos.
- Publicidad abusiva y desconsiderada⁽⁵³⁵⁾.
- Excederse de los límites del contrato (usar la imagen para lo no acordado, fuera de plazo).

La prensa amarilla y sensacionalista se vale de imágenes llamativas llegando a un encarnizamiento periodístico⁽⁵³⁶⁾.

Entre los diversos casos, podemos tener:

- Paparazzi.
- Publicidad.
- Grabaciones.
- Medios periodísticos.
- Captación de imágenes vía satelital.

Casos concretos:

- *Sexting*.
- Alteración de la voz.
- Un fotomontaje o edición, retocado de una foto.
- Utilización de la voz e imagen con fines publicitarios o patrimoniales.
- Tomar mi imagen para maniqués o muñecos / juguetes.
- Captación, reproducción o publicación de fotos, films, imágenes de la vida privada.
- El doblaje de la voz sin autorización (colocarle mi voz a un personaje de dibujos animados).

(535) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 150.

(536) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 245.

- Se viola la imagen cuando vendo retratos de A como si fueran de B; cuando niego que el retrato de A sea de A, o; cuando se usa el retrato de A como suyo⁽⁵³⁷⁾.

Así también cuando la utilización de la imagen o la voz sea contraria al honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde (fotos indecorosas, eróticas, *ad nauseam*, usar la imagen de una modelo para promocionar alimentos para puercos o, simplemente, para representar a una cosa), que es la denominada imagen moral o conceptual, incluso su uso torpe⁽⁵³⁸⁾.

Imitaciones. Hacer los gestos, ademanes, muecas, pantomimas de alguien para personificarla (a forma de remedo) implicaría una violación a su imagen e identidad; el uso de dobles (personas parecidas) de la misma forma. Así también, las imitaciones (semejar el hablar de otro) implica una violación a la voz, en este sentido Leiva⁽⁵³⁹⁾, siempre que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable, a decir de Ramón De Verda y Beamonte⁽⁵⁴⁰⁾.

8.1. Medios de defensa

La violación de este derecho permite:

- **Respecto del afectado.** La obtención de la reparación por los daños causados. Keissner, citado por Orgaz⁽⁵⁴¹⁾, afirma que el afectado cuenta con el derecho a la legítima defensa de forma que quien es fotografiado sin su voluntad o quien se le ha sacado un apunte de su fisonomía, puede arrancar el apunte de las manos del dibujante o estrellar la máquina fotográfica en la cabeza del fotógrafo.
- **Respecto del trasgresor.** Se le ordena el cese del acto lesivo⁽⁵⁴²⁾. La condena penal, en caso se configure un tipo penal (sea contra la intimidad u honor).

(537) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 80.

(538) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 97.

(539) Cit. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. "El derecho personalísimo sobre la propia voz". En: *La Ley*, 1990-A, 845, <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).

(540) RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. Ob. cit.

(541) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., p. 151, nota 17.

(542) BOLIVIA. CC de 1975. Art. 16.- (Derecho a la imagen). "I. Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los

8.1.1. Reparación

Su reparación es variable:

- Sentencia condenatoria.
- Acto de desagravio (publicación).
- Indemnización pecuniaria, lucro cesante y daño emergente.
- Destrucción de los ejemplares resulta ser el medio más eficaz⁽⁵⁴³⁾.

De todas las formas de reparación, la económica termina siendo la más discutible tomando en cuenta que el honor no es valuable, dimensionable en dinero⁽⁵⁴⁴⁾.

8.1.2. *False lighth under in the public eyes*

Simplemente denominada *False light*.

Es la desnaturalización de la personalidad de una persona. La falsa imagen del afectado ante los ojos del público, cuando se atribuye obras o hechos que no se corresponden con la realidad y no implica, necesariamente, una difamación.

Es una acción destinada a la protección del **derecho a la cualificación**, *i.e.* la facultad de la persona de ser identificada con su propia imagen sancionando la falsa perspectiva.

9. ACTOS LÍCITOS

Podemos hablar de una violación lícita cuando se encuentra justificada por:

- El interés social (histórico, cultural, artístico).
- El orden público (judicial, policial), un caso especial es la permisibilidad e legalidad del *identikit*, hoy con la tecnología se utiliza la foto robot.

casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo. II. Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

(543) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Madrid, Montecorvo, 1976, p. 208.

(544) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 95.

- Consentimiento de la persona, que implica una renuncia del interesado de forma que el consentimiento excluye la ilicitud (*volente non fit injuria*⁽⁵⁴⁵⁾).

En estos casos prima lo colectivo sobre lo particular, lo social frente a lo individual.

10. BASE LEGAL

El tratamiento de legal de la imagen y la voz se encuentra salvaguardados en las principales normas nacionales.

- Constitución Política del Perú: artículo 2.- Toda persona tiene derecho (...)
 - inciso 4: “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley”.
 - inciso 7: “(...) a la voz y a la imagen propia. (...)”
- Código Civil:
 - artículo 15.- “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde”.

(545) ORGAZ, Alfredo. Ob. cit., p. 147.

- artículo 16.- “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte”.

- Ley del artista intérprete y ejecutante (Ley N° 28131, 19/12/2003) artículo 26.- “La utilización de imágenes o voces ya fijadas de las personas comprendidas en la presente ley en una nueva creación publicitaria, obliga a la previa autorización del artista y al abono de la retribución correspondiente”.
- Ley 26566, Régimen laboral de los jugadores de fútbol profesional. Artículo 7.- “El futbolista tiene derecho a los beneficios pactados en el contrato y especialmente a: (...) b. Explotación comercial de su imagen y/o a participar en la que el club haga de la misma”.
- Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Artículo 136 inciso e, “No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del nombre, apellido, firma, título, hipocorístico, seudónimo, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos”.
- Código Penal:
 - Artículo 154.- “Violación de la intimidad. El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando

o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa”.

- Artículo 217.- “Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con treinta a noventa días-multa, el que con respecto a una obra, una interpretación o ejecución artística, un fonograma o una emisión o transmisión de radiodifusión, o una grabación audiovisual o una imagen fotográfica expresada en cualquier forma, realiza alguno de los siguientes actos sin la autorización previa y escrita del autor o titular de los derechos:
 - a. La modifique total o parcialmente.
 - b. La distribuya mediante venta, alquiler o préstamo público.
 - c. La comunique o difunda públicamente, transmita o retransmita por cualquiera de los medios o procedimientos reservados al titular del respectivo derecho.
 - d. La reproduzca, distribuya o comunique en mayor número que el autorizado por escrito.

La pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho y con sesenta a ciento veinte días multa, cuando el agente la reproduzca total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento y si la distribución se realiza mediante venta, alquiler o préstamo al público u otra forma de transferencia de la posesión del soporte que contiene la obra o producción que supere las dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José. “Los efectos *colaterales* del gol de Ronaldo”. En: Diario *La Ley*, N° 7133, Sección Columna, 12 Mar. 2009, Año XXX, Ref. D-85, Editorial La Ley, 10928/2009. <<http://diariolaley.laley.es>> (19/10/2013).
- ÁVALOS RODRÍGUEZ, Gabriel. “Derechos de la personalidad”. En: *La Ley on line*, <www.laleyonline.com.ar> (19/10/2013).
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas, Madrid, 1997.
- BAVETTA, Giuseppe. (Voz) “Immagine (diritto alla)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BIANCA, M. *Diritto civile I, La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CORNU, G. *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª ed., Montschrestien, París, 2003.
- DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*. Giuffrè, Milano, 1950.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª Edición, Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición. Motivensa, Lima, 2012.
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Aparato_fonador>, 29/09/2013.

- HUBMANN, H. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2ª ed., Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967.
- HUET-WEILLER, D. “La protection juridique de la voix humaine”, *RTDC* 1982.
- LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck she Verlangsbuchhandlung, München, 1997.
- LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, en *Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª ed. a cargo de H. HÜBNER, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho a la imagen de las cosas propias”. En: *La Ley*, 22/02/2006, 22/02/2006, 1 - La Ley 2006-B, 689. <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho personalísimo sobre la propia voz”. En: *La Ley*, 1990-A, 845, <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 21ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., Y CHABAS, F. *Leçons de droit civil*. Tomo I, volumen 2, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª ed. por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, París, 1997.
- MELO FILHO, Alvaro. *Desporte na nova Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MORAES, Walter, *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972.

- MUSATTI, A., “Specificazione e personalità”, *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II, vol. III, p. 231, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I, volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”. En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, <<http://diariolaley.laley.es>> (12/10/2013).
- *Right of Publicity. The authoritative online resource for in-dept analysis & discussion of the Right of Publicity*. En: <<http://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>> (09/10/2013).
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. *Derecho civil. Parte general y personas*. T. I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
- VALENCIA ZEA, Arturo. “Los derechos de las personas (o Derechos Humanos) en el nuevo Código Civil peruano de 1984”. En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Cuzco, Lima, 1986.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo Editorial, Universidad de Lima, Lima, 2008.
- VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”, Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho, en: *La Ley*, año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013.

SUBCAPÍTULO SÉTIMO

DERECHO AL NOMBRE

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Antecedentes históricos. 2.1. Grecia. 2.2. Roma. 2.3. Edad Media. 2.4. Perú. 3. Etimología. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Teorías clásicas. 8.1.1. Derecho Privado. 8.1.2. Derecho Público. 8.1.3. Teoría mixta. 8.2. Teorías especiales. 8.2.1. Concepciones antiguas. 8.2.2. Teoría de la propiedad. 8.2.3. Teoría de la institución de policía civil. 8.2.4. Teoría del nombre como derecho de la persona. 9. Fundamento. 9.1. El nombre es un derecho. 9.1.1. ¿Derecho al cambio del nombre? 9.1.2. Derecho a la cesación del hecho lesivo contra el nombre. 9.2. El nombre es un deber. 10. Formas de adquisición del nombre. 10.1. Por filiación. 10.2. Por matrimonio. 10.3. Por resolución administrativa. 10.4. Por sentencia judicial. 10.5. Por disposición legal. 11. Formas de pérdida del nombre. 11.1. Relativa. 11.2. Absoluta. 12. Elementos. 12.1. Elementos esenciales. 12.1.1. Prenombre. 12.1.2. Apellidos. 12.1.2.1. Orden de los apellidos. De la costumbre a su regulación. 12.2. Elementos accesorios. 13. Estructura. 13.1. Hijo matrimonial. 13.2. Hijo extramatrimonial. 13.2.1. Reconocimiento unilateral. 13.2.2. Reconocimiento conjunto. 13.2.3. Reconocimiento y declaración judicial de la filiación. 13.2.4. Declaración judicial de padre y madre. 13.3. Hijo adoptivo. 13.4. Huérfanos. 13.5. Mujer casada. 13.5.1. Antecedentes y tratamiento. 13.5.2. Supuestos. 13.6. Otros casos particulares. 14. Titulares. 14.1. Concebido. 14.2. Persona natural. 15. Prueba del nombre. 16. Acciones de defensa del nombre. 16.1. Generalidades. 16.2. Denominación. 16.3. Concepto. 16.4. Delimitación. 16.5. Objetivo. 16.6. Principios. 16.7. Clases. 16.7.1. Acción de reclamación. 16.7.1.1. Objetivo de la acción y procedencia. 16.7.1.2. Procedencia. 16.7.1.3. Improcedencia. 16.7.1.4. Prueba. 16.7.1.5. Sentencia. 16.7.1.6. Base legal. 16.7.2. Acción de usurpación. 16.7.2.1. Objetivo de la acción y procedencia. 16.7.2.2. Procedencia. 16.7.2.3. Improcedencia. 16.7.2.4. Prueba. 16.7.2.5. Sentencia. 16.7.2.6. Base legal. 16.7.3. Acción de modificación. 16.7.3.1. Objetivo de la acción y procedencia. 16.7.3.2. Procedencia. 16.7.3.3. Improcedencia. 16.7.3.4. Efectos. 16.7.3.5. Prueba. 16.7.3.6. Sentencia. 16.7.3.7. Base legal. 16.7.3.8. Delimitación. 16.7.4. Acción de impugnación. 16.7.4.1. Objetivo de la acción y procedencia. 16.7.4.2. Procedencia. 16.7.4.3. Prueba. 16.7.4.4. Sentencia. 16.7.4.5. Base legal. 16.7.5. Acción de exclusión del nombre. 16.7.5.1. Objetivo de la acción y procedencia. 16.7.5.2. Procedencia. 16.7.5.3. Improcedencia. 16.7.5.4. Prueba. 16.7.5.5. Sentencia. 16.7.5.6. Base legal. 16.7.6. Otras acciones. 16.7.6.1. Acción de supresión. 16.7.6.2.

Acción de reafirmación. 16.7.6.3. Acción de negar. 16.7.6.4. Acción de abuso del nombre. 16.7.6.5. Proceso de rectificación de partida. 16.7.6.6. Proceso judicial. 16.7.6.7. Proceso administrativo. 17. Composición de los apellidos. 17.1. Antecedentes. 17.2. Generalidades. 17.3. Procedimiento. 17.4. Competencia. 17.5. Causas. 17.5.1. Fama y notoriedad. 17.5.2. Popularidad del primer apellido. 17.5.3. Pérdida o extinción de apellido. 17.5.4. Inscripción de hijos en países con normas de atribución del nombre diferentes. 17.5.5. Por características del segundo apellido. 17.5.6. Por matrimonio. 17.5.7. Evitar homonimias. 17.5.8. Recomposición. 17.5.9. Ocultamiento de identidad. 17.6. Tipos de composición. 17.6.1. Por la estructura del apellido. 17.6.2. Por la formas de realizarlo. 17.6.3. Por su género. 17.7. Consideraciones a tenerse en cuenta. 17.8. Efectos. 17.9. El apellido compuesto y el apellido estructurado. 17.10. Descomposición. 17.11. Jurisprudencia. 18. Convenios relativos al nombre. 19. Instituciones afines. 19.1. Seudónimo. 19.2. Homónimo. 19.3. Anónimo. 19.4. Sobrenombre. 19.4.1. Alias. 19.4.2. Apodo. 19.4.3. Hipocorísticos. 19.4.4. Nombres monacales. 19.5. Gradual. 19.5.1. Grados académicos. 19.5.2. Grados diplomáticos. 19.5.3. Títulos nobiliarios. 19.5.4. Rango militar. 19.5.5. Grados de sacramento de la orden sacerdotal. 19.6. Otros. 19.6.1. Firma. 20. Actos ilícitos. 21. Actos lícitos. 22. Derecho comparado. 23. Base Legal. 24. Seudónimo. 24.1. Antecedentes. 24.2. Etimología. 24.3. Concepto. 24.4. Denominación. 24.5. Definición. 24.6. Características. 24.7. Tipos. 24.8. Naturaleza jurídica. 24.9. Fundamento. 24.10. Composición. 24.11. Titulares. 24.12. Instituciones afines. 24.12.1. Heterónimo. 24.13. Base legal.

1. GENERALIDADES

Todo tiene un nombre.

La nominación es la forma que tenemos para designar e individualizar.

Toda cosa, bien, objeto es identificado a través de un *nomen*⁽⁵⁴⁶⁾. Tan notoria es la utilidad que su uso se extendió a firmas comerciales, colectividades, navíos, locomotoras, aviones, ciudades, avenidas, lugares públicos, animales, productos agrícolas y hasta los huracanes y las edificaciones son conocidas con un nombre que le es dado⁽⁵⁴⁷⁾. No puede atribuirse algo, activa o pasivamente, sin saber “a quién”⁽⁵⁴⁸⁾. Cada persona dispone de una figuración vocabularia, primero oral y después escrita, que permite identificarla con facilidad y seguridad: el nombre⁽⁵⁴⁹⁾. En el hombre el nombre es esencial, forma parte de su identidad y se presenta como derecho y a la vez como deber. Es el principal indicativo de la persona natural en el medio social⁽⁵⁵⁰⁾.

(546) GÉNESIS “18 Después dijo el Señor Dios: “No conviene que el hombre esté solo. Voy a hacerle una ayuda adecuada”. 19 Entonces el Señor Dios modeló con arcilla del suelo a todos los animales del campo y a todos los pájaros del cielo, y los presentó al hombre para ver qué nombre les pondría. Porque cada ser viviente debía tener el nombre que le pusiera el hombre. 20 El hombre puso un nombre a todos los animales domésticos, a todas las aves del cielo y a todos los animales del campo ...”.

(547) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: Parte General, 39 edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 101.

(548) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Tomo VII, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000, p. 96.

(549) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 193.

(550) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 1.

Se dice que el hombre tiene tres nombres, el que le ponen sus padres, el que se pone a sí mismo y el que le ponen los terceros: el nombre propiamente dicho, el seudónimo y el apodo, respectivamente.

El nombre existe como necesidad social y su tratamiento, dado lo complejo de la institución y de la interacción, ha llegado con el tiempo a tecnificarse a punto que se ha producido un proceso de descodificación en muchos sistemas del Derecho comparado.

La ciencia en general y el Derecho en especial lo regulan. La onomástica como rama de la lexicografía estudia los nombres propios (personas, cosas, lugares) de la cual se deriva la antroponimia encargada del origen y significado de los nombres propios de persona. Así tenemos, lexicografía, onomástica, antroponimia y nombre de la persona.

El nombre en sus inicios fue regulado por los usos, la costumbre y la jurisprudencia careció de una normativa propia, incluso muchos códigos civiles no lo trataron.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como exigencia natural ineludible, incluso las sociedades más primitivas emplearon signos para identificarse y distinguirse.

El nombre es el modo más antiguo de designación e identificación de la persona dentro de la sociedad en que vive⁽⁵⁵¹⁾, el sistema más extendido y antiguo de individualización de las personas⁽⁵⁵²⁾.

El nombre del primer humano fue Adán, proviene del hebreo אָדָם significa “hombre”, “rojizo”, “sangre” o bien “hecho de tierra”. Hombre de la tierra roja. El patronímico de Adán en español es *Adánez*, en inglés es *Adamson* o *Adams*, ambos por sus terminaciones significan hijos de Adán.

Luego le siguieron otros nombres Eva, Caín, Abel y Set.

En los pueblos primitivos el nombre era único e individual y no se transmitía.

(551) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 331 y 332.

(552) TOBIAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 399.

2.1. Grecia

Solo se utilizaba un nombre Homero, Ulises, Menelao.

Si el nombre era llevado por más de una persona se le identificaba con el nombre de su padre - patronímico (Aquiles hijo de Peleo) o el nombre del lugar - gentilicio (Tales de Mileto).

2.2. Roma

Se utilizó una pluralidad de nombres, veamos dos casos:

Nombre	<i>Praenomen</i> Nombre de pila	<i>Nomen</i> Nombre de familia	<i>Cognomen</i> Rama de familia	<i>Agnomen</i> Apodo
Marcus Tullius Cicero	Marcus	Tullius	Cornelia	Cicero
Publio Cornelio Escipión Africanus	Publio	Cornelio	Escipión	Africanus

La usencia de la mujer en la vida pública hizo que sus prenombrs no se opusiesen en evidencia⁽⁵⁵³⁾. Las mujeres no tenían *praenomen*: Solo les correspondía un *cognomen* acompañado de un numeral para distinguir su posición en el nacimiento: si eran dos las hijas *Mayor* y *Menor*; si eran más *Prima*, *Secunda*, *Tertia*, *Quarta*.

Los esclavos, en ciertos casos, contaban con nombres individuales, incluso la plebe (Espartaco).

2.3. Edad Media

Con los bárbaros, caído el Imperio Romano, reaparece el nombre individual y único, Clodoveo (eminente guerrero), Teodorico (poderoso en el pueblo), que revelaron las características de quien los llevaba.

Luego, a fin de evitar confusiones, se individualiza el nombre de pila y se le agregan vocablos que denotaban una singularidad, Plinio el Viejo, Isabel la Católica, Juana la Loca (características, profesión y lugar).

Dice Llambías⁽⁵⁵⁴⁾ que hacia el siglo VIII para facilitar la individualización y evitar las homonimias surge la costumbre de agregar al nombre de pila un sobrenombre que aludía a una profesión, defecto, característica.

(553) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 12.

(554) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Tomo 1, 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 285.

Para Galindo Garfias⁽⁵⁵⁵⁾ es en el siglo XII en que al nombre de pila se le empieza a agregar esta especie de sobrenombre, que después se transforma en el apellido, aludiendo a alguna profesión (Herrero), característica (Calvo), región (Campos), árboles (Pino), objeto (Peña), animales (Gallo), profesión (Herrero), adjetivos (Blanco) o relativo a un hábito (Peregrina).

La terminación -ez, -iz, -oz determina la relación paterno-filial. Martínez, hijo de Martín; Pérez, hijo de Pedro; Hernández, hijo de Hernando; Fernando, hijo de Fernández; Rodrigo, hijo de Rodríguez; Gonzalo hijo de González. Entre los ingleses con la terminación **son** (hijo), Stevenson, hijo de Steve; Johnson, hijo de John; vemos así que un buen número de apellidos tiene origen en otros patronímicos.

2.4. Perú

El Perú se afilió al sistema onomástico precolombino para la asignación de nombres como el caso de animales (politeísta), astros (sabeísmo), dioses (idolatría), objetos (fetichismo). En el Incanato se dio de acuerdo a las características: Manco Cápac, señor de la tierra; Sinchi Roca, valeroso y prudente; Inca Roca, príncipe prudente; Yahuar Huaca, el que llora sangre; Huáscar, Sol de alegría.

3. ETIMOLOGÍA

Del latín *nomen*.

Otros dicen que viene del griego *onoma*, nombre.

4. CONCEPTO

Es un concepto nominativo.

El nombre es la representación simbólica del sujeto. Un signo, distintivo o señal gráfica.

(555) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*, 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 364.

Es la etiqueta social y jurídica que distingue a la persona⁽⁵⁵⁶⁾, el reflejo de la propia personalidad⁽⁵⁵⁷⁾, es la expresión lingüística del ser humano⁽⁵⁵⁸⁾.

Es un elemento designador, concreto y específico. El trazo fundamental y distintivo de la persona humana del cual surge el relacionamiento del individuo con la sociedad. Una forma de manifestación directa del derecho a la identidad⁽⁵⁵⁹⁾. Señal verbal de identificación capaz de indicar con precisión a quien se refiere⁽⁵⁶⁰⁾. Es el conjunto de palabras que sirven para identificar a la persona⁽⁵⁶¹⁾. El signo que distingue a las personas en sus relaciones jurídicas y sociales, va unido a la personalidad de todo individuo como designación permanente de este⁽⁵⁶²⁾. Es el principal medio de individualización de la persona compuesto de signos y emblemas verbales⁽⁵⁶³⁾. Es la manifestación externa de la propia individualidad⁽⁵⁶⁴⁾. Es el vocablo que sirve para designar a las personas o a las cosas, distinguiéndolas de las demás de su especie⁽⁵⁶⁵⁾.

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽⁵⁶⁶⁾, Nombre (Del lat. *nomen*, *-inis*). 1. m. Palabra que designa o identifica seres animados o inanimados; p. ej., hombre, casa, virtud, Caracas.

Es aceptado universalmente que toda persona tenga un nombre que lo identifique, es un derecho humano per se.

El nombre es una expresión visible y social, el vocativo personal. Sirve para identificar e individualizar a la persona dentro de la familia y la sociedad, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos

(556) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, Lima, enero de 1991, pp.149 y 150.

(557) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 191.

(558) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 193.

(559) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. Tomo VII, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 2000, p. 96.

(560) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 5.

(561) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 76.

(562) Cas. N° 2747-98-Junín, 5/5/1999.

(563) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 399.

(564) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 171.

(565) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*, 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 361.

(566) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

fundamentales de la persona. En este sentido, y considerando los informes existentes entre la pertenencia al grupo y el disfrute de una serie de derechos, también de carácter patrimonial, puede fácilmente comprenderse la tendencia inmersa en el curso del siglo XIX como síntesis de las elaboraciones precedentes, al considerar el nombre básicamente como objeto de un verdadero y propio derecho de propiedad y luego, en virtud de la evolución social y el afianzamiento de los instrumentos técnicos, como derecho de la personalidad⁽⁵⁶⁷⁾.

El nombre forma parte de la identidad nominativa de la persona.

La Constitución Política peruana de 1993 no consagra expresamente el derecho al nombre pero sí se reconoce el derecho a la identidad (art.2, inc.1) el mismo que se encuentra contemplado en el artículo 8 inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. La norma constitucional establece como un derecho fundamental de la persona, entre otros a su identidad, dentro del cual para ese efecto toda persona está identificada a través de un nombre civil, el cual incluye los apellidos.

5. DENOMINACIÓN

Derecho a la nominación especial y distintiva⁽⁵⁶⁸⁾. Derecho al nombre o *Namensrecht* para los alemanes.

En cuanto al elemento del derecho, llamado denominación, designación, nombre civil o sustantivo propio⁽⁵⁶⁹⁾.

Antropónimo es el nombre propio, aquel con el cual se le conoce a una persona.

Según el lugar, tiene sus propias denominaciones:

(567) NUZZO, Mario. (Voz) "Nome". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXVIII, Giuffrè Editore, Milano 1958-2004, pp. 305-306.

(568) GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 184.

(569) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*, 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 361.

	Alemania	Brasil	EE.UU.	Francia	Italia
Prenombre	<i>Vorname</i>	<i>Nome</i>	<i>Given name o Forname</i> <i>First name, primer prenombre</i> <i>Middle name, segundo prenombre</i> <i>Full middle name, todos los</i> <i>prenombres a excepción del primero</i>	<i>Prenom</i>	<i>Nome</i>
Apellido	<i>Nachname</i> <i>Familiennamen</i>	<i>Sobrenome</i>	<i>Family name, Last name o Surname</i>	<i>Nom</i>	<i>Cognome</i>
Apellido de soltera	<i>Geburtsname,</i> apellido de soltera		<i>Previous name, apellido de soltera</i>		

- *Mononymous person - mononym* o “*single name*”, cuando el nombre consiste en una palabra (Platón, Cicerón).
- *Polynymous person - polynym* o “*multiple name*”, cuando el nombre consiste en múltiples palabras (Cristóbal Colón, Alejandro Magno).

En el Derecho comparado *name* (Alemania), *nom* (Francia), *name* (Inglés), *nome* (Italia).

Cuando es usado por la persona jurídica se llama denominación o razón social⁽⁵⁷⁰⁾.

6. DEFINICIÓN

Una clásica y sencilla definición nos la da Nuzzo⁽⁵⁷¹⁾, el nombre es el conjunto de elementos que desempeñan la función de individualización de la persona.

Según Pliner es “el atributo que le sirve de sino exterior individualizante, como símbolo y asidero a la vez para captar, mentar y designar al sujeto individual humano en su plena realización física, espiritual, moral y normativa”⁽⁵⁷²⁾. Cifuentes considera que es “el más importante de los elementos de personificación del hombre, para individualizarlo, es el conjunto

(570) La denominación social funciona como un *principium individuationis* y su tutela corresponde esencialmente a un interés de la sociedad comercial que se presenta frente a la clientela como propio de la sociedad corresponde un interés general a una exacta individualización de la entidad por parte de terceros: sea por la clientela, sea por quienes contratando con la sociedad, conocen también su situación financiera, patrimonial. En esta función de individualización consiste el *proprium* de la denominación de la sociedad, como de la persona jurídica y del grupo no personificado (NUZZO, Mario: (Voz) “Nome”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 310).

(571) *Ibidem*, pp. 305-306.

(572) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 1989, p. 86.

de palabras por medio de las cuales se le designa”⁽⁵⁷³⁾. Para Rivera⁽⁵⁷⁴⁾ es el medio de identificación de las personas dentro de la sociedad. Neves Amorín⁽⁵⁷⁵⁾ manifiesta que se trata del símbolo de la personalidad del individuo particularizándolo e individualizándolo en la vida social. Pereira⁽⁵⁷⁶⁾ dice que es el elemento designativo del individuo y factor de su identificación en la sociedad, el nombre integra la personalidad, individualiza a la persona e indica grosso modo su procedencia familiar. Lete del Río⁽⁵⁷⁷⁾ señala que es el conjunto de palabras con que se identifica e individualiza a la persona en la vida social, y que todos tienen el deber de respetarla.

Fernández Sessarego sostiene que “el nombre es la expresión visible y social mediante el cual se identifica a la persona, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona”⁽⁵⁷⁸⁾; asimismo, “uno de los tantos medios de identificación estática que dan cuenta de una **manera de ser**”⁽⁵⁷⁹⁾. Para Espinoza Espinoza “es un componente de la identidad estática que se manifiesta en una situación jurídica en la que se tutela la denominación individual de una persona”⁽⁵⁸⁰⁾.

Como derecho es el vocablo que permite identificar y designar, social y legalmente, al sujeto de derecho. Como facultad permite diferenciar y como atributo no puede ni debe existir sujeto sin nombre. Las personas son nombres no existen, salvo excepciones de un hombre primitivo traído de alguna selva impenetrada de la civilización⁽⁵⁸¹⁾. Todos tenemos derecho de individualizarnos siendo exigencia del Estado identificarnos.

(573) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. 159.

(574) RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 19.

(575) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 5.

(576) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20ª edição, Vol. I, Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 243.

(577) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 190 y 191.

(578) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición. Grijley, Lima, 2009, p. 113.

(579) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 131.

(580) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 803.

(581) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 59.

7. CARACTERÍSTICAS

El derecho al nombre tiene como principales características las siguientes:

- **Obligatorio**

Digamos necesario, ineludible y forzoso. Todo sujeto debe llevarlo.

- **Único**

Nadie puede tener más de dos nombres. No hay nombres dobles, el nombre es uno con base en el cual diferenciamos e individualizamos al sujeto.

- **Individualizante**

El nombre cumple una función individualizadora e identificadora.

Permite diferenciar al sujeto de derecho dentro de la comunidad.

Se discute, en este punto, si el nombre debe ser considerado como una prerrogativa personal o, a contrario sensu, como un derecho de exclusivo interés social, aceptando la doctrina mayoritaria un *mix* de ambos.

Además, el nombre implica el derecho que tenemos para conocer nuestro origen y quienes son nuestros progenitores⁽⁵⁸²⁾.

- **Limitadamente disponible**

Nadie puede disponer del nombre de otra persona, incluso ni la misma persona disponer de él salvo motivos de interés, lo cual se sustenta en el *ius abutendi* - derecho de disponer.

La disponibilidad está permitida en razón de los convenios del uso del nombre.

- **Maximización**

En la medida en que la persona vive, crece y se interrelaciona se va proyectando socialmente yaciendo, finalmente, en su honor, imagen y nombre.

Como trascendencia social, el nombre se va forjando, identificando y referenciando a la persona. Con él obtiene reputación, lo que se conoce

(582) Cas. N° 750-97-Junín, 04/12/1998.

como el buen nombre, *good will* en la persona jurídica, el cual puede ser estimado pecuniariamente. Con este sustento, Cifuentes indica que el nombre “Es el cartel de su honra, a través de la designación se destaca el buen o mal nombre ganado en sociedad por las obras, actitudes y omisiones de cada uno”⁽⁵⁸³⁾. Así también, a través del nombre formo mi imagen, la proyecto y la concreto. El nombre evoca y se asocia con la imagen de la persona. De solo nombrar a alguien viene a mi mente su recuerdo. El nombre es una forma de imagen sonora. Y como tal debe ser tratada y respetada.

El nombre se consolida, se fusiona con la personalidad, se mezcla con la vida, trasciende, enriquece al sujeto, como refiere Pontes de Miranda⁽⁵⁸⁴⁾.

En algunos casos el nombre trasciende a su titular. Sus actividades lo identifican y llegan, incluso, a personificar sus actos, formando los epónimos, v. gr. la enfermedad de Parkinson debe su nombre a James Parkinson, la enfermedad de Chagas a Carlos Chagas, enfermedad de Carrión a Daniel Alcides Carrión, la Brucelosis o fiebre Malta a David Bruce.

- **Doble contenido**

Como derecho es extrapatrimonial, pero puede cederse con fines económicos, lo que permite su tratamiento patrimonial.

- **Derecho fundando**

Se desprende de un derecho esencial que es el derecho a la identidad.

- **Inmutabilidad relativa**

Asegura la certeza en la designación del sujeto.

La inmutabilidad puede considerarse uno de los pilares de la ordenación social⁽⁵⁸⁵⁾, presentándose como el fundamento principal de la función individualizadora que se le reconoce en su aspecto de institución de policía civil⁽⁵⁸⁶⁾.

(583) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. 159.

(584) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, pp. 97 y 107.

(585) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 434.

(586) GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Ábaco, Buenos Aires, 1983, p. 37.

El nombre es inmutable, invariable, inalterable lo que asegura su perennidad y trascendencia consolidando la seguridad jurídica.

Como principio la inmutabilidad no es absoluta, permite excepciones. Se prohíbe las modificaciones voluntarias, caprichosas, antojadizas del nombre, salvo razones justificadas, v. gr. Que el nombre resulte ofensivo al sentimiento personal, cívico, religioso o moral.

- **Institución mixta**

El nombre es un derecho y un deber, tiene esa doble faceta. Interesa a la persona y al Estado, de allí que las normas que lo regulan sean de orden público⁽⁵⁸⁷⁾.

- **Es indicativo de filiación, estado y sexo**

La sola mención del nombre permite identificar la filiación de un sujeto (hijo de, padre de), el estado (en el caso de la mujer casada) o con solo escuchar el nombre establecer si es hombre o mujer (salvo los nombres unisex o neutros, María, Carmen, Natividad, Nicola).

8. NATURALEZA JURÍDICA

Las distintas teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho al nombre pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

8.1. Teorías clásicas

8.1.1. Derecho Privado

También llamada teoría positiva o del derecho individual al nombre.

El nombre es un derecho de la persona y forma parte de lo privado, constituyendo, desde una perspectiva real, un atributo innato del individuo. Básicamente es un derecho individual.

La persona no puede dejar de tener un nombre, este sirve para individualizarla. El nombre como derecho exige de una especial atención jurídica.

(587) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001, p. 157.

Para Puig Ferriol⁽⁵⁸⁸⁾ forma parte del derecho de la personalidad en la esfera moral mientras que para Borda⁽⁵⁸⁹⁾ se vincula íntimamente con el honor.

8.1.2. Derecho Público

También llamada teoría negativa.

El derecho al nombre es de interés del Estado, propiamente es un derecho de policía o administrativo. Le sirve al estado para identificar a la persona en sociedad y para presenciar su actividad, atribuyéndole obligaciones, exigiéndole el cumplimiento de deberes.

8.1.3. Teoría mixta

El nombre tiene de Derecho Público y de Derecho Privado, como dice Pontes de Miranda se trata de un derecho ubicuo⁽⁵⁹⁰⁾.

Para Borda⁽⁵⁹¹⁾ la verdadera naturaleza jurídica del nombre es la de ser un derecho de la persona y una institución de policía. En igual sentido, Pereira⁽⁵⁹²⁾ indica que el nombre envuelve simultáneamente un derecho subjetivo y un interés social, siendo importante tanto para la persona como para el Estado. Tobías⁽⁵⁹³⁾ lo considera una institución compleja, por un lado, constituye un verdadero derecho subjetivo extrapatrimonial y, por otro, cumple una función de interés social en la identificación de la persona.

Toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre. Uno referido a sí y otro referido al Estado.

(588) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. volumen I, segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 75 y ss.

(589) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 333.

(590) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 109.

(591) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 333.

(592) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 245.

(593) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 404.

8.2. Teoría especiales

8.2.1. Concepciones antiguas

Fundadas en el pensamiento feudal, el nombre se vinculaba a la tierra y se transmitía con esta; luego su basamento pasa al honor, gloria, respeto, se protegen aquellos nombres ilustres que eran los que trascendían⁽⁵⁹⁴⁾.

8.2.2. Teoría de la propiedad

Sostenida por la vieja jurisprudencia francesa y en la doctrina por Aubry y Rau.

Puede hablarse de propiedad y considerarlo un bien patrimonial respecto del cual se llevan a cabo actos de disposición, económicos y valua- bles. Esta teoría consideraba al nombre como un verdadero derecho de propiedad sui géneris. Al participar de sus mismos caracteres podían ha- cerse valer *erga omnes*, eran objeto de reivindicación y podían ganarse por prescripción⁽⁵⁹⁵⁾.

La persona goza sobre el nombre de derechos, como el:

- *Ius utendi* - derecho de uso
- *Ius fruendi* - derecho de disfrute
- *Ius abutendi* - derecho de disponer
- *Ius arcendi* - derecho de exclusión

Esta teoría permitió el uso irrestricto del nombre. La persona podía cambiarlo, enajenarlo, abandonarlo y ponerlo en el comercio, así le re- sultaba fácil a cualquiera ocultarse, desaparecer, variar de individualidad, desconocer deudas y obligaciones cambiando de nombre; esto advirtió que el nombre no era un derecho de idénticas características que la propie- dad, requiriendo obligatoriedad e inmutabilidad⁽⁵⁹⁶⁾.

(594) GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Ábaco, Buenos Aires, 1983, p. 30.

(595) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 337.

(596) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. 160.

8.2.3. Teoría de la institución de policía civil

Sostenida por Planiol y por Braudy - Lacantinerie, también Ihering.

El nombre es una designación oficial.

No es un Derecho Privado, es una institución de Derecho Público que se presenta como una forma obligatoria de designación de las personas. Su única función es identificar a las personas y que estas puedan ser controladas e identificadas por el Estado. Más que derecho, el nombre implica una obligación.

El Estado lo cautela y lo exige.

8.2.4. Teoría del nombre como derecho de la persona

El nombre es un derecho subjetivo de la persona a través del cual logra individualizarse e identificarse.

9. FUNDAMENTO

El nombre es tan importante que todo y todos gozan de una denominación.

Junto con la capacidad y el estado civil, el nombre es un importante atributo de la persona que lo encuadra nomínicamente en la sociedad.

A lo largo de su vida, el nombre de una persona es repetido ciento de millones de veces.

A decir de Valencia Zea⁽⁵⁹⁷⁾ facilita las comunicaciones entre las personas, hace posible la correspondencia y evita que un sujeto se haga pasar por otro. No solo eso, además con el nombre nos identificamos para contratar, casarnos, adoptar, votar, cobrar, viajar y, en fin, realizar cualquier tipo de acto jurídico. Es la base de uso obligatorio, la necesidad de identificar a las personas, individualizarlas respecto del conjunto de obligaciones a que cada miembro de la sociedad está sometido (penales, tributarias, patrimoniales, de identificación como propietarios)⁽⁵⁹⁸⁾.

(597) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 333.

(598) GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 184.

Conjuntamente con el domicilio permiten individualizar al sujeto.

Sirve para:

- Invocar.
- Asignar.
- Designar.
- Distinguir.
- Identificar.
- Diferenciar.
- Individualizar.

Podemos decir que abarca tres ámbitos:

- **Personal**, distinguir a los sujetos entre sí.
- **Familiar**, diferenciar a las familias a fin de que no se confundan (típica aspiración de la burguesía, como diría Bercovitz⁽⁵⁹⁹⁾).
- **Social**, identificarse frente al Estado.

El nombre tiene una doble función⁽⁶⁰⁰⁾:

- **Vocativa**, designar a la persona que lo usa.
- **Distintiva**, diferenciarlo de los demás.

Permite la asignación del goce de derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Su interés es doble, tanto para el sujeto (personal) como general (social). Le interesa al sujeto porque evita confusiones en relación con otros individuos y, es de interés general por la conveniencia social y, aún más, la necesidad de poder precisar la autenticidad de un sujeto para los efectos jurídicos que le respectan, mediante la mención significativa de su nombre⁽⁶⁰¹⁾.

(599) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 212.

(600) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 193.

(601) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, enero de 1991, Lima, p. 150.

Para todo acto jurídico, cualquiera fuera su naturaleza, la persona debe identificarse usando el nombre completo que posee.

Pontes de Miranda⁽⁶⁰²⁾ considera respecto del nombre:

Es objeto del derecho a la personalidad cuando tiene como función identificar.

Es un derecho de segundo plano (no de la personalidad) cuando tiene como función concurrir en la identificación o fama de alguna cosa.

9.1. El nombre es un derecho

El nombre como tal implica dos derechos:

- **El derecho de tener un nombre.** Usarlo, gozarlo y conservarlo: Derecho subjetivo. Permite identificarnos. Es individual.
- **El derecho sobre el nombre.** Modificarlo, defenderlo, respetarlo, conservarlo, cederlo: Deber. Permite nuestro desarrollo personal y social. Es oficial.

Como derecho, el nombre implica un poder⁽⁶⁰³⁾:

- Poder usar el nombre completo.
- Poder abreviar el nombre.
- Poder usar el nombre abreviado.
- Poder oponerse a que otros usen ilícitamente el nombre para su identificación u otros fines.
- Poder de, frente a nombres total o parcialmente idénticos, requerir al Tribunal providencias conciliatorias.

9.1.1. ¿Derecho al cambio del nombre?

Pliner⁽⁶⁰⁴⁾ se pregunta si existe un derecho al cambio de nombre, y llega a la conclusión que sí, con la condición de que su ejercicio no vulnere

(602) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 110.

(603) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 214.

(604) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 294 a 296.

las garantías establecidas por la el. En todo caso el derecho en cuestión se limita al derecho de acción, a la capacidad que tengo de ejercer la pretensión del cambio de nombre.

9.1.2. Derecho a la cesación del hecho lesivo contra el nombre

Nuzzo⁽⁶⁰⁵⁾ sostiene que la opinión conforme a la tradición que considera al derecho al nombre como aspecto particularmente importante del derecho a la identidad personal se contrapone la opinión que considera al nombre como un medio de identificación en los intereses generales como atributo atribuido por la ley a toda persona: de esto hace derivar la negación de la existencia de un derecho subjetivo al nombre y la afirmación, en su lugar, de un derecho a la cesación del hecho lesivo consistente en la contestación infundada o en la usurpación perjudicial del nombre y si hay culpa, al resarcimiento de los daños.

9.2. El nombre es un deber

Todo sujeto debe tener un nombre. Somos seres nominados.

El nombre como tal implica deberes:

- Tenerlo.
- Imponerlo.
- Respetarlo.
- Mantenerlo limpio.
- Usarlo adecuadamente.
- Conservarlo tal cual es.

El nombre tiene como esencia identificar y distinguir, rol este que se conjuga con la dignidad de la persona, de modo que el nombre debe ser adecuado y cumplir eficientemente sus funciones. Quedan vedados y vedados los nombres vergonzosos, vejatorios e indignantes. Debe servir para honrar y dignificar a la persona, no para deshonrarla, denigrarla, ni estigmatizarla, el nombre no puede ser una **marca** que obstaculice su libre formación espiritual o que genere riesgo e presentarse ante terceros⁽⁶⁰⁶⁾. No

(605) NUZZO, Mario. (Voz) "Nome". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 304.

(606) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 410.

puede tener una connotación sarcástica que dé lugar a mofas y burlas, ni que pueda generar *bullying* (tan común entre los amigos).

Como deber de llevarlo, tenemos el fundamento que el nombre permite atribuir al sujeto de una o varias relaciones jurídicas, un conjunto de facultades, deberes, derechos y obligaciones⁽⁶⁰⁷⁾.

Contenido del nombre⁽⁶⁰⁸⁾:

- Poder abreviar el nombre.
- Poder usar el nombre completo.
- Poder usar el nombre abreviado.
- Poder oponerse a que otros usen ilícitamente el nombre para su identificación u otros fines.
- Poder de, frente a nombres total o parcialmente idénticos, requerir al Tribunal providencias conciliatorias.

10. FORMAS DE ADQUISICIÓN DEL NOMBRE

El nombre se adquiere por imposición, por filiación o por propia decisión.

El derecho a imponer corresponde a:

- Los padres : Imposición natural
- Al registrador : Imposición delegada
- A uno mismo : Autoimposición

El nombre se adquiere de múltiples formas:

10.1. Por filiación

Corresponde a los padres, en mérito de la *impositio nómine* –facultad derivada de la patria potestad– escoger e imponer los prenombrados de

(607) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 364.

(608) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. I - Parte general. Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007, p. 214.

sus hijos, siendo el apellido derivado de la filiación en línea genealógica paterna y materna.

En la elección y configuración del nombre los padres tienen dos responsabilidades:

- Saber escoger con quién se casan, de manera que los apellidos que transmitan no sean ofensivos, denigrantes, jocosos que causen hilaridad o burla (Pastor Alemán, Montes Llanos, Torre Blanca, Barriga Honda); en todo caso ser conscientes que deberán solicitar la modificación del nombre de sus hijos recomponiendo sus apellidos.
- Escoger prenombrados adecuados e individualizadores a sus hijos.

10.2. Por matrimonio

Derecho exclusivo de la mujer de poder agregar a su apellido el del marido (art. 24).

Surge del matrimonio, e incluso luego de disuelto, por razones justificadas, permanece vigente, pudiendo la mujer seguir usándolo cuando acredite haber obtenido con el mismo una identidad.

10.3. Por resolución administrativa

En el caso de los expósitos, niños huérfanos, corresponde asignarles un nombre adecuado, obligación esta que corresponde al registrador (art. 23).

10.4. Por sentencia judicial

Este no es un típico caso de adquisición de nombre sino, en todo caso, de modificar el existente y adquirir uno nuevo.

Se da en los casos en los que se logra modificar un nombre por sentencia judicial a solicitud del propio interesado, presentándose como un caso de autoimposición de nombre.

10.5. Por disposición legal

El nombre puede adquirirse por disposición legal, en los siguientes casos:

- Adopción.
- Reconocimiento.
- Declaración judicial de paternidad.

- Cuando la mujer opta llevar el del marido.

El nombre se adquiere	Imposición	Prenombre
	Filiación	Apellido

Una de las formas de adquirir el nombre es a través del cambio, si bien antes ya contaba con uno, por determinadas cuestiones este se modifica, así tenemos:

Según Angarita⁽⁶⁰⁹⁾ el cambio de nombre puede obedecer a:

- **Declaración específica de voluntad**, hecha por el interesado o su representante.
- **Derivativa**, cuando el progenitor es reconocido por el padre y toma el apellido de este, el hijo llevará este nuevo apellido de su padre.
- **Consecuencial**, por alteración del estado civil sea por un reconocimiento o adopción.

Para Domínguez Martínez⁽⁶¹⁰⁾ el cambio de nombre puede darse:

- **Cambio de nombre por vía de consecuencia**, la modificación está originada por el otorgamiento de un acto jurídico (reconocimiento, adopción).
- **Cambio de nombre por vía directa**, la modificación tiene lugar por sí misma, sin depender de algún acontecimiento jurídico ajeno provocador de esa modificación (por causas justificadas que hacen inllevadero el nombre).

11. FORMAS DE PÉRDIDA DEL NOMBRE

La pérdida del nombre ocurre normalmente cuando es prohibido su uso, por pertenecer a otro o cuando, definitivamente, es retirado imposibilitando su inserción⁽⁶¹¹⁾.

(609) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1998, p. 122

(610) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1994, p. 255.

(611) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 93.

Según Limongi França⁽⁶¹²⁾ el nombre puede perderse de las siguientes formas:

11.1. Relativa

Se llama relativa en la medida en que el acto que lo generó (matrimonio) o desconoció (impugnación de la filiación) no necesariamente afecta el derecho a seguir contando con el nombre original.

- **Matrimonio**

- La mujer que opta por el apellido del marido pierde el suyo.
- Por el divorcio, invalidez del matrimonio la mujer pierde el derecho de seguir llevando el apellido de casada, salvo que compruebe la identidad social obtenida con el mismo.
- En caso la viuda vuelva a casarse, se aplica similar situación que la anterior

- **Impugnación de filiación**

Por regla, la impugnación implica desconocer la filiación, pero esto no debe afectar necesariamente el nombre adquirido, puede la persona quedarse sin padre/madre (afiliada) pero con el apellido que la filiación desconocida generó.

11.2. Absoluta

Se llama absoluta en la medida en que el nombre original se pierde a cabalidad, pasando a ocupar su lugar uno nuevo.

Adopción

El adoptado adquiere el nombre de los padres adoptivos, quedando su nombre original sin efectos.

El nombre ni se adquiere por prescripción - **usucapión**, ni se pierde por falta de uso - **desuetudo**.

Ahora bien, una vez adquirido no se pierde solo puede modificarse; incluso, luego de la muerte el nombre sigue trascendiendo. El nombre

(612) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 947.

individualiza a la persona no solo en vida, sino también después de la muerte⁽⁶¹³⁾; así tenemos la frase típica usada para recordar la memoria de una persona: “En memoria de quien en vida fuere el profesor Lizardo Taboada Córdova”.

12. ELEMENTOS

Como expresión lingüística, el nombre de la persona está constituido por un conjunto de palabras o vocablos de cuya adecuada combinación resulta la particularización del sujeto⁽⁶¹⁴⁾. El nombre tiene como elementos al prenombre y los apellidos; el primero es impuesto, los segundos se adquieren por filiación, se transmiten en la línea generacional. A decir de Pliner “Prenombre y apellido funcionan como una suerte de sistema de abscisas y coordenadas que ubican un punto –la persona– en el plano de la sociedad”⁽⁶¹⁵⁾.

12.1. Elementos esenciales

12.1.1. Prenombre

Es el *praenomen* de los romanos.

Llamado nombre de pila, en razón de que se asignaba en momento del sacramento bautismo, de allí su denominación nombre bautismal o nombre cristiano.

También nombre individual, personal, propio o, simplemente, nombre.

Es el vocablo que distingue a una persona dentro de su familia, *i.e.* entre los que llevan el mismo apellido⁽⁶¹⁶⁾.

La voluntad de los padres lo determina, es dado por ellos - *give name*. Es escogido e impuesto *ad libitum* por ellos en atribución de la patria potestad que sobre los hijos les corresponde, *impositio nómine*. En caso de discrepancia entre ellos decidirá el juez. Bien dice Orgaz elegir el nombre

(613) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 6.

(614) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997, p. 361.

(615) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 1989, p. 44.

(616) BRENES CÓRDOVA, Alberto. *Tratado de las personas*. Vol. I, Ed. Juriscentro, San José de Costa Rica, 1986, p. 172.

para un hijo no es solo, y esencialmente, obedecer a una cierta convención: “Es en realidad una forma de conferirle su identidad y como de poner cierto sello sobre el acto mismo de la paternidad”⁽⁶¹⁷⁾.

Sirve de identificación en las familias.

Existe una libertad en la elección, la ley no establece límites⁽⁶¹⁸⁾. Pero debemos partir en reconocer que el prenombre es una palabra que debe identificar e individualizar. No pueden elegirse números como nombres, en todo caso –aunque discutible– un número puede ser parte del nombre (Enrique III). No puede ser un signo, ecuación o fórmula (¿?; $a^2=b^2+c^2$; H_2O ; $E = mc^2$).

Deben ser adecuados y cumplir su rol identificador. No pueden ser ridículos, extravagantes, grotescos, odiosos, impropios, irreverentes⁽⁶¹⁹⁾. No puede prestarse a mofa, escarnio o vergüenza o que su uso sea atentatorio contra el decoro público y el respeto debido a la sociedad⁽⁶²⁰⁾. Los prenombrados deben ser acordes, no denigrantes ni que causen hilaridad, como los siguientes cuya existencia es comprobada:

- Punto
- Coma
- Yahoo
- Justicia

(617) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2 edición, Assandri, Córbova, 1961, p. 203.

(618) Reglamento de inscripciones del registro nacional de identificación y estado civil, DS. 015-98-PCM. Artículo 33.- La persona no podrá tener más de dos prenombrados. No podrán ponerse prenombrados que por sí mismos o en combinación con los apellidos resulten extravagantes, ridículos, irreverentes, contrarios a la dignidad o al honor de la persona, así como al orden público o a las buenas costumbres, que expresen o signifiquen tendencias ideológicas, políticas o filosóficas, que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se pretende poner, o apellidos como prenombrados.

El Registrador es la persona autorizada para denegar las inscripciones que se soliciten en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior de este artículo.

Artículo derogado por el Decreto Supremo N° 016-98-PCM publicado el 29 de abril de 1998.

(619) España. Ley 8/1957 modificada por Ley 20/1994 “Art. 54.- En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto ni más de dos simples. Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo. No puede imponerse al nacido el mismo nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua”.

(620) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 1989, p. 144.

- Hashtag
- Lesbiana
- Semáforo
- Prostituta
- Superman
- Dos a Uno
- Elvio Lado
- Excremento
- Débora Mel
- Ambulancia
- Paracetamol
- Punto y coma
- Enero Febrero
- Alma Marcela
- Eleonor Gasmó
- Clarín de Guerra
- Osama Bin Laden
- Zoila Maravillosa
- Semen de los Dioses
- Estatua de la Libertad
- Conflicto Internacional
- Perfecto Ladrón Honrado

Deben ser identificativos y sonoros. El prenombre no debe prestarse a juegos vocales molestos con los elementos que lo acompañan, Ito es un militar, y será llamado Capitán-Ito, Coronel-Ito, General-Ito⁽⁶²¹⁾.

(621) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 1989, p. 314.

Hay nombres por demás patriotas: Peruska, Perú Inga Zapata, Perú García Serrano, María Perú Torres Cuba, Gladis Perú Quispe Huerta, Mauricio Perú Torres Sánchez⁽⁶²²⁾.

Puede ser uno o más. No demasiados, ni llegar al extremo de:

- Simón José Antonio de la Santísima Trinidad Bolívar y Palacios Ponte-Andrade y Blanco: Simón Bolívar.
- Pablo Diego José Francisco de Paula Juan Nepomuceno María de los remedios Crispín Cipriano de la Santísima Trinidad Ruiz y Picasso: Pablo Picasso.

Menos, ser largos, absurdos o extranjeros:

- *Leung Sao Fin de Chion Po Penchon Li*.
- *Himeneu Casamentício das Dores Conjugais*⁽⁶²³⁾.
- *Manuelina Trebentina Capitulina de Jesús do Amor Divino*⁽⁶²⁴⁾.

Puede ser simples (Enrique), compuestos (Luis Miguel) o pequeños (Ivo).

Más de uno es una tradición latinoamericana y, normalmente, al primogénito le corresponde el nombre de su padre, generando homonimia parcial.

En todo caso, y así ha sido costumbre, se eligen los nombres:

- Por simple elección o gusto.
- De acuerdo al santoral⁽⁶²⁵⁾, como era antes con base en el Código de Derecho Canónico⁽⁶²⁶⁾.

(622) *El Comercio*, 27/10/2002, Sección A, p. 23.

(623) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Vol. 1: Parte General, 39 edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 103.

(624) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 188.

(625) Tal es el caso del nombre del maestro José María León Barandiarán, segundo prenombre impuesto con base en el santoral de su natalicio, Inmaculada Concepción de María, el 8 de diciembre de 1889.

(626) Canon 855 “Procuren los padres, los padrinos y el párroco que no se imponga un nombre ajeno al sentir cristiano”.

- Por la moda existente, épocas en las que predomina un nombre (por la novela, por el mundial de fútbol, elecciones políticas, el galán de cine, la estrella del pop, etc).
- Nombres inventados, en los que la creatividad de los padres no tiene límites, siendo cada vez mayor los casos. Una nueva generación de personas sin tocayos, adiós a los colomboños (*Ubi tu Caius, ibi ego Caia*, donde a ti te llamen *Caius* allí yo seré *Caia*, palabras de la novia luego de celebrado los matrimonios en Roma). Entre ellos tenemos, Mayli Zeylu, Randon Mix, Tristales Arman y Serexo Siricsia.
- En otros casos no son inventados pero sí recompuestos, en los que se hace prevalecer la dicción frente a la grafía verdadera: Maicolts (Michael), Yeison (Jason), Pol (Paul).

El prenombre es importante. Las personas los asocian con el éxito o fracaso lo que influye en su percepción sobre nosotros mismos.

En el Perú los prenombrados más comunes son:

- Hombres: Juan, Francisco, Víctor, Pedro, José, Jesús, Miguel, Martín, Raúl, Oscar, Carlos, Marcos, Luis, Manuel, Jorge, Walter.
- Mujeres: María, Juana, Rosa, Julia, Luz, Flor, Pilar, Miriam, Mónica, Cecilia.

En el mundo, el prenombre más común es Mohammed, por la amplia influencia del Islam.

12.1.2. Apellidos

Es el *nomen* de los romanos.

Del latín *apellitare*, apelar: “el acto de llamar”. Apellidar es nombrar, posicionar.

Llamado patronímico, si se trata del padre y matronímico, si se trata de la madre. O, simplemente, nombre de familia.

Los apellidos no se eligen. Se imponen por filiación. Esta los determina y a través de ella se trasmite a los descendientes, quienes lo llevan según su origen, de generación en generación, y no como herederos⁽⁶²⁷⁾. Dado

(627) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córbova, 1961, p. 199. ROJINAS

el presupuesto jurídico de la filiación el apellido se recibe en virtud de la norma jurídica, el padre no podrá negar al hijo que lleve su apellido, prohibirle el uso ni imponer otro que no fuese el suyo, pero si el presupuesto jurídico determinante de la portación desaparece por desconocimiento de la paternidad en virtud de una sentencia que la admite provocando un desplazamiento y nuevo emplazamiento del estado filial, cabe el cambio del apellido antes impuesto⁽⁶²⁸⁾.

Excepcionalmente, el nombre es elegido por un tercero, el registrador, para identificar a los expósitos. Llambías⁽⁶²⁹⁾ y Pliner⁽⁶³⁰⁾ indican que se adquiere de forma originario (filiación) o derivada (matrimonio).

Es el elemento de entroncamiento familiar paterno y materno. Indicativo de filiación o estirpe⁽⁶³¹⁾. En cuanto al uso de los apellidos debe atenderse a las distintas situaciones con base en el origen de la filiación⁽⁶³²⁾.

Sirve de identificación de las familias.

El apellido es el elemento la más importante y esencial del nombre. Como signo de familia indica la estirpe, filiación, procedencia genealógica y, a la vez, diferencia a los grupos de personas no emparentadas (antes establecía un estatus). Se compone de acuerdo a la ascendencia de cada quien, siendo la línea de parentesco lo que fija su adquisición (*de iure*) a diferencia del prenombre que es elegido (*ad libitum*) por los padres. Permite ubicar e individualizar nomínicamente a una persona dentro de la sociedad.

Aparecen en las sociedades más evolucionadas⁽⁶³³⁾, se van consolidando con el tiempo, poco a poco van siendo tomados por los países, unos antes otros después. Hoy es mundial el uso de los mismos, es más los apellidos ya no se crean, todos están todos determinados. Pasan de generación en generación.

VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil mexicano*, Tomo I, Porrúa, 1987, p. 605 y ss. GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 47.
(628) VIDAL TAQUINI, Carlos H. "El apellido se adquiere por la filiación". En: DFyP 2010, (abril), 01/04/2010, p. 189.
(629) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo 1, 21ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p. 291.
(630) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 161 y ss.
(631) NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 9.
(632) Exp. N° 780-95, 14/03/2000.
(633) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córbova, 1961, p. 199.

Son solo dos, el paterno y el materno. Dependiendo de los elementos que los componen puede ser:

Simple	López	Uno solo
Doble	López Denegri	Dos apellidos
Compuesto	López de Romaña	Uno solo compuesto de dos con una preposición que los une, en este caso el "de".

Los apellidos deben tener relación con los prenombrados, en su conjunto no pueden ser deshonrosos o denigrantes:

- Elber Galarga
- Analissa Melano
- Sevelinda Parada
- Alan Brito Delgado
- Domingo de Ramos
- Feliz Lamata Caliente
- Pasión Goza de Alegría
- Armando Esteban Quito
- Armando Paredes del Castillo

Asimismo debieran ser, en su conjunto ser armónicos y consonantes, no disonantes ni alusivos a situaciones no deseadas:

- Mier de Silla
- Torre Blanca
- Panza Alegre
- Pastor Alemán
- Montes Llanos
- Barriga de Libertad

12.1.2.1. Orden de los apellidos. De la costumbre a su regulación

Por costumbre se coloca primero el del padre seguido del de la madre.

Lo común cuando el hombre nace es que se encuentra con el apellido que el orden jurídico positivo le atribuye que no es otro que el de su padre, porque la ley le otorga ese apellido en razón de la filiación que a su

vez indica descendencia, dejando de lado la voluntad de la persona, de sus representantes o de terceros, porque el apellido es consecuencia de una situación jurídica existente que hace a la portación del mismo como nombre de la familia, cuyos miembros se distinguen entre sí por el prenombre⁽⁶³⁴⁾.

En nuestro caso el artículo 20 del Código dice “al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre” pero no dice en este orden. Aunque, luego de la modificación del artículo 22⁽⁶³⁵⁾ el Código nos dice que en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente este llevará como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso, haciendo norma lo que antes era costumbre. Téngase en cuenta que hay países como en los que existe libertad para ubicar los apellidos de los hijos, primero el padre, primero el de la madre o, incluso, rescatar un apellido perdido en el árbol genealógico, evitando su extinción⁽⁶³⁶⁾; una vez escogido la estructura de los apellidos esta regirá para los demás hijos (el orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación) Uno de esos países es Alemania cuando el BGB permite (art. 1355) que los cónyuges determinen el apellido común (nombre conyugal o apellido de familia).

Poner primero el padre desplazando al de la madre a un segundo orden puede sonar a inconstitucional⁽⁶³⁷⁾, debiera ser más democrático y per-

(634) VIDAL TAQUINI, Carlos H. “El apellido se adquiere por la filiación”. Ob. cit., p. 189.

(635) Ley N° 30084, Ley que modifica el artículo 22 del Código Civil para precisar el nombre en el caso de que un cónyuge o concubino adopte al hijo del otro (DOEP, 22/09/2013).

(636) El *Code* indica “Artículo 61.- La solicitud de cambio de apellido puede tener por objeto evitar la extinción del apellido llevado por un ascendiente o un colateral del solicitante hasta el cuarto grado”.

(637) CÓRDOBA, Marcos M. y DE LA PUENTE, Vanesa G.: “La preeminencia del apellido paterno respecto del materno contraría normas de jerarquía constitucional”. En: *DFyP* 2013 (septiembre), 04/09/2013, 163. <www.laleyonline.com>, 20/11/2013. Cita Online: AR/DÓC/3071/2013. Asimismo, la sentencia santafesina – Argentina ordenó que se inscriba en el Registro Civil a un niño con el apellido materno en primer lugar al considerar inconstitucional el artículo 5, párrafo 2 de la Ley N° 18.248. Cfr. “La madre es lo primero”. En: <www.diariojudicial.com> 08/06/2011. En este mismo sentido, se ha pronunciado Valencia Zea cuando cita la Sentencia C-152 de 1994 de la Corte Constitucional que declara inconstitucional el art. 1 de la Ley 54 de 1989 que contravenía las tendencias modernas que consideran discriminatorio y violatorio de la igualdad de la pareja, las disposiciones normativas que ordena que el apellido de uno de los progenitores debe ser primero de sus hijos. Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 335.

mitirse la elección. Y es que, la verdad, el segundo apellido es irrelevante y se pierde en la segunda generación. Con base en el criterio de igualdad, el hijo podrá llevar el apellido de ambos o de uno solo o establecer la forma como se compondrá el nombre, si primero el apellido del padre y luego el de la madre o viceversa, sobre la base del principio de igualdad de trato entre el apellido paterno y el materno⁽⁶³⁸⁾. Debieran ser los padres quienes decidirán el primer apellido del hijo o en su defecto el hijo llegado a la mayoría.

El apellido más común en el mundo es Lee, más de 120 millones de personas portándolo. Se dice que el apellido Sobrino deviene de los hijos sacrílegos dado que los curas acostumbraban llamar así a sus hijos (ilegítimos y no naturales).

La partícula (de, del, de los, de las, la) así como la conjunción (y) forma parte del apellido, es inseparable de él, de modo que su alteración o supresión, implica una modificación al nombre que no puede hacerse arbitrariamente

12.2. Elementos accesorios

El nombre se presenta como una institución compleja en su estructura, en la que muchas veces la persona termina teniendo más de un vocablo o palabra para ser identificado.

Los elementos accesorios, también conocidos como circunstanciales, carecen de trascendencia jurídica pero en la práctica forman parte del nombre.

(638) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, 2010, Madrid, p. 280.

Por ejemplo, citamos, el caso particular del autor:

Elementos del nombre				
Nombre	Enrique Antonio Varsi Rospigliosi			
Esenciales				
Prenombres	Enrique Antonio			
Apellidos	Simple: Varsi			
	Total: Varsi Rospigliosi			
	Compuesto: Varsi – Rospigliosi			
	Con partícula: Enrique Varsi del Rospigliosi Enrique Varsi y Rospigliosi			
Patronímico	Varsi (Nombre de familia)			
Matronímico	Rospigliosi			
Accesorios				
Agnomen	Enrique Antonio Varsi Neto			
Iniciales	EVR			
Inicial del segundo nombre - Middle initial	Enrique A. Varsi			
Nombre vocativo	Varsi, Enrique Varsi			
Apodo	Defecto	Cualidad	Profesión	Sentimental
	Chato	Bebe	Doctore, profe	Papá, hijo, papirio
Hipocorístico	Kike (diminutivo de Enrique)			
Seudónimo	Parcial: Toño			
	Real: Antonio Binda			
	Fantasía: Querien Sivar			
Heterónimo	Juan Huamán de la Cuña			
Accesorios				
Títulos honoríficos	Abog. Dhc, PhD, MJur, LLB. Prof.hon.mult.			
Títulos nobiliarios	Enrique III (son llamados los ordinales)			
Estado civil	De, Viuda (solo aplicable a la mujer por matrimonio)			

13. ESTRUCTURA

Es el tema referido a cómo se ordena el nombre de una persona.

Esto depende de la situación y del estado de la persona y, como bien dice Menezes⁽⁶³⁹⁾, la formación del nombre sigue las reglas del Derecho de familia (parentesco, adopción, matrimonio, divorcio), así tenemos que el Código se plantea varios escenarios:

(639) MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de direito civil português, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2007, p. 206.

- Hijo matrimonial
- Hijo extramatrimonial
 - Reconocido por un padre.
 - Reconocido por ambos padres.
 - Reconocimiento y declaración judicial de la filiación.
 - Declaración judicial de la filiación de padre y madre.
- Hijo adoptivo
- Huérfanos
- Mujer casada

Con respecto a la estructura de los apellidos del hijo el artículo 20 del Código establece que:

Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Los elementos anteriormente referidos se estructuran de la siguiente manera:

13.1. Hijo matrimonial

Al hijo matrimonial le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Recordemos la presunción *pater is* en virtud de la cual los hijos de mujer casada tienen por padre al marido esta, salvo prueba en contrario. Atribuida la filiación *ope legis* le corresponderá el apellido del marido y el correspondiente de la madre.

13.2. Hijo extramatrimonial

En esta situación se presentan varios escenarios:

13.2.1. Reconocimiento unilateral

Al hijo le corresponde el apellido del progenitor que lo ha reconocido.

Con respecto a la inscripción por separado del hijo extramatrimonial, el artículo 21 del Código establece que:

“Cuando el padre o la madre efectúen separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”.

El tratamiento del Código en esta materia otorga la facultad al progenitor de revelar o no el nombre de la persona con la cual tuvo el hijo.

Criterio anterior. Esto es un gran avance tomando en cuenta que el derogado artículo 392 del Código en el caso del reconocimiento efectuado por uno de los progenitores **no permitía** que el reconocedor revelara el nombre de la persona con quien había procreado al reconocido, el cual solo podía llevar los apellidos del reconocedor. El antiguo criterio jurisdiccional, que iba de la mano con el Código, establecía que el hecho que se niegue a consignar los datos del presunto padre en la partida de nacimiento del menor, no atenta contra el derecho al nombre y la identidad debido a que el artículo 392 del Código establece que en caso que la madre o el padre realice el reconocimiento en forma separada, no pueden revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo⁽⁶⁴⁰⁾.

Conforme con el artículo 3 de la Ley N° 28720 el presunto progenitor que se considere afectado por la consignación de su nombre en una partida de nacimiento de un niño que no ha reconocido, puede iniciar un proceso de usurpación de nombre, de conformidad a lo establecido en el artículo 28 del Código y de acuerdo a la vía del proceso sumarísimo.

13.2.2. Reconocimiento conjunto

Al hijo le corresponden los apellidos de los progenitores que lo han reconocido.

(640) Cas. N° 519-2000-Piura.

13.2.3. Reconocimiento y declaración judicial de la filiación

Al hijo le corresponde el apellido del progenitor que lo ha reconocido y de aquel que fuera judicialmente declarado como tal.

En el caso de la declaración judicial de la paternidad o del reconocimiento tardío, debe tenerse en cuenta, necesariamente, la identidad e imagen ganada con el apellido usado con anterioridad. La jurisprudencia española se ha pronunciado “en el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona,(...)”⁽⁶⁴¹⁾.

Debe respetarse la estructura originaria del nombre tomando en cuenta que a través del nombre formo mi imagen, la proyecto y la concreto.

13.2.4. Declaración judicial de padre y madre

Al hijo le corresponde los apellidos de los padres declarados judicialmente como tales.

13.3. Hijo adoptivo

Su tratamiento se expresa en el artículo 22 de Código.

Se presentan los siguientes casos:

Adopción simple.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes.

Adopción por integración.- El hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso⁽⁶⁴²⁾. Véase como el artículo 22 sí establece el

(641) “Vulneración del derecho a la propia imagen del menor a quien se impuso judicialmente como primer apellido el del padre, tras declararse su filiación paterna” (TC, Sala Segunda, S 7 Oct. 2013. Rec. 614/2010) Diario La Ley, N° 8220, Sección Jurisprudencia, 30 de diciembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 5667/2013.

(642) Ley N° 30084, Ley que modifica el artículo 22 del Código Civil para precisar el nombre en el caso de que un cónyuge o concubino adopte al hijo del otro (DOEP, 22/09/2013).

orden de los apellidos, lo cual debe regir como regla para la estructuración del nombre de los demás hijos.

13.4. Huérfanos

Es el caso de los niños huérfanos, hospicianos, incluseros (con padres ausentes o muertos) y los expósitos, abandonados o expuestos (de padres desconocidos) en los que no pudiendo determinarse su filiación la norma establece una solución práctica a fin de otorgarles un nombre.

El Código indica que el recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil (art. 23). Este es un caso en que la imposición del nombre se presenta como un deber, el deber de imposición del registrador.

Para estos efectos el Reglamento del Reniec⁽⁶⁴³⁾ manifiesta que en caso no pueda acreditarse la filiación, el registrador –bajo responsabilidad– consignará para el nacido prenombrados y apellidos a efectos de identificar a la persona, debiendo consultar a la institución nacional encargada de velar por los derechos de los menores o en defecto de esta, a la autoridad educativa o religiosa de la localidad (art. 34).

Respecto de esta normativa del Código consideramos:

- El Código debió referirse a cualquier persona cuyos progenitores son desconocidos y no limitar el supuesto solo para los recién nacidos. Una redacción más inclusiva debió ser: “Aquel cuyos progenitores son desconocidos (...)”.
- Esta es la única norma en el Código y en la normativa nacional que limita la libertad en la imposición del nombre de la persona, indicando que el nombre a colocarse debe ser **adecuado**, entiéndase común y acorde al medio, lo cual incluye el prenombre y los apellidos (no es permisible colocar como apellidos vocablos inadecuados, tales como: Equis, Vecino, Desconocido, Ninguno, X, como se ha comprobado que existen en el Reniec).
- En caso cuente con un nombre que lo identifique este deberá respetarse, oficializarse y consignarse como tal.

(643) El Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (D.S. N° 015-98-PCM, del 25 de abril de 1998).

Se trata de una regulación de interés social en vista de que al Estado le importa que todas las personas tengan un nombre, nadie puede carecer de él, en todo caso el Estado debe tener la iniciativa para facilitar el derecho a la identidad de las personas sea cual fuere su estado o situación.

Se dice que los apellidos alusivos al nombre de los meses se les imponían a los expósitos conforme al mes en que nacían, así como también nombres hagiográficos, de santos o vírgenes, aunque la gran mayoría de expósitos tienen nombres adésptas, *i.e.* que carecen de onomástica, nombres sin santo patrón.

13.5. Mujer casada

Directa o indirectamente el nombre se vincula con el matrimonio⁽⁶⁴⁴⁾. Este afecta el nombre en lo referente a su estructura pero solo en el caso de la mujer.

13.5.1. Antecedentes y tratamiento

Dice Rivera⁽⁶⁴⁵⁾ que por un uso es inmemorial la mujer casada adquiere el apellido del marido. La razón la entendemos sobre la base de que la mujer pasaba a integrar en calidad de hija⁽⁶⁴⁶⁾ la familia del marido que, como cabeza de familia, ejercía la potestad de todos aquellos que la conformaban.

Existen varios sistemas de regulación del apellido de la mujer en el Derecho comparado:

(644) GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Ed. Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 59.

(645) RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 54.

(646) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis Bogotá, Colombia, 1998, p. 116.

García Mele ⁽¹⁰²⁾	Pliner ⁽¹⁰³⁾
<ul style="list-style-type: none"> - La mujer toma el apellido del marido (<i>Common Law</i>) - Cada cónyuge conserva su apellido (China) - La mujer agrega el apellido del marido al suyo (Italia) - Ambos cónyuges deciden el apellido familiar (Japón) - Facultativo de la mujer (Portugal) - Sin regulación específica siendo un tema de costumbre (Venezuela) - Determinado por los criterios jurisprudenciales (Chile) 	<ul style="list-style-type: none"> - La mujer toma el apellido del marido (Suiza) - La mujer conserva su propio apellido y agrega el de su marido (Italia, Perú) - Los cónyuges acuerdan la elección del apellido que adoptarán (Rusia, Japón) - No se legisla sobre el apellido de la mujer casada pero existen normas para el caso de divorcio (Francia) - El matrimonio no afecta el nombre de la mujer (Bélgica) - El tema se regula por las tradiciones, usos y criterios jurisprudenciales.

Contemporáneamente es un derecho exclusivo de la mujer casada llevar el apellido del marido agregado al suyo. No es una obligación. Ella tiene libertad de llevarlo o no. No le corresponde al hombre. Un hombre, luego del matrimonio, nada puede cambiar, la mujer sí, su apellido. En Brasil (art. 1565 § 1) se permite tanto al marido o a la mujer llevar el apellido de su cónyuge. Indica Zeno Veloso⁽⁶⁴⁹⁾ que al 2012 el 25 % de hombres en Brasil adoptaron el apellido de su mujer.

El artículo 24 del Código establece que:

“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 su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez”.

13.5.2. Supuestos

Tal disposición implica varios supuestos:

- **Es un derecho.** Se trata de un derecho, de una facultad, no de una obligación.

En nuestra legislación el Código del 36 si lo indicó como una obligación (arts. 171, 254 y 273).

(647) GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Ob. cit., pp. 61 y 62.

(648) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas* 2ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 1989, p. 189 y ss.

(649) VELOSO, Zeno. “Marido quer usar sobrenome da mulher”. En: *Revista IBDFAM*, N° 5, noviembre de 2013, p. 14.

- **Tomar el apellido del marido.** Se refiere al primer apellido del marido, al apellido paterno.
- **Se agrega a su apellido.** Agregarlo al suyo, *i.e.* que sea colocado luego de su apellido paterno, no suplanta su apellido. La norma no indica la necesidad de colocar la preposición “de” precediendo al apellido del marido (vinculación propietarista⁽⁶⁵⁰⁾, preposición indicativa de pertenencia –o, más correctamente, por elipsis de “esposa de”⁽⁶⁵¹⁾), en nuestro medio es solo una costumbre que opera de forma social.

Estructura del nombre de la mujer casada

Nombre del marido	Enrique Varsi Rospigliosi
Nombre de la mujer	Fiorella Lari Rincón
Nombre de la mujer casada	Fiorella Lari Varsi

En Bolivia, en caso la mujer opte por llevar el apellido del marido, se exige que esté precedido de la preposición “de” como distintivo de su estado civil, (art. 11, I del CC), lo que significa hacer saber a la sociedad que esa persona se encuentra legítimamente casada con determinada persona⁽⁶⁵²⁾.

En Italia (nos referimos a la clásica) los nombres de las mujeres se componían agregando el apellido del marido al nombre de la mujer con la proposición inglesa *in* (dentro de) v.g. Fiorella Lari *in* Varsi.

- **Surgimiento.** Esta facultad surge con el matrimonio, no corresponde a los convivientes, aunque con base en el principio de igualdad, que inspira las relaciones familiares, sería viable.
- **Permanencia.** El derecho de la mujer permanece con la separación de cuerpos dado que al no extinguir el vínculo conyugal, tampoco extingue el derecho de llevar el apellido del marido.
- **Cesación.** Este derecho cesa con la extinción del vínculo matrimonial a partir del divorcio o invalidez del matrimonio. Se entiende que al cesar el derecho, si la mujer continúa utilizando el apellido del ex-cónyuge queda abierta la posibilidad de una acción de usurpación

(650) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 216.

(651) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. Ob. cit., p. 189.

(652) CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derecho de las personas y medios de conservación de la garantía individual*. Gaviota del Sur, Sucre, p. 53.

de nombre por parte de este último aunque, asimismo, la mujer pueda invocar la adquisición de una identidad con el nombre de casada, solicitándole al juez la continuación de su uso o, sea el caso, puede seguir utilizándolo como un seudónimo.

13.6. Otros casos particulares

La estructura del nombre depende de cada país:

- Brasil y Portugal, primero va el apellido de la madre
- EE.UU., se usa solo un prenombre y un apellido paterno
- En muchos países asiáticos, el apellido se escribe primero y luego el prenombre.
- Argentina y Suiza, es normal el uso de dos prenombrés y solo el apellido paterno
- Rusia, además del prenombre y apellido de la persona, el nombre consta de un patronímico derivado del nombre de pila del padre que se indica en medio de ambos, v. gr., *Lev Nikoláievich Tolstói*, así tenemos que Lev, hijo de Nikolái Tolstói.
- En Arabia a las mujeres se les conoce por su prenombre propio acompañado del nombre completo de su padre (*María Yabra Schehadeh Ibrahim*).

14. TITULARES

El nombre como instituto le corresponde por igual a todo sujeto de derecho.

14.1. Concebido

El concebido, como sujeto de derecho independiente, goza del derecho a tener un nombre como parte del derecho a su identidad. Como dice Domínguez Martínez⁽⁶⁵³⁾ cuenta con él desde el momento de la procreación.

La cuestión práctica es que solo puede registrarse luego del nacimiento, antes no, existiendo la posibilidad de imponerlo a través de una

(653) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*. Porrúa, México, 1994, p. 255.

escritura pública o testamento (caso especial de las formas en las que puede realizarse un reconocimiento), de allí que Tobías⁽⁶⁵⁴⁾ indique que este carácter solo se adquiere luego del nacimiento y desde la inscripción en el acta de nacimiento, hasta ese momento ni el concebido ni el nacido tienen nombre. De la misma manera, Cifuentes⁽⁶⁵⁵⁾ alega que la persona por nacer no tiene nombre completo pero goza de derechos extrapatrimoniales, en su estado no requiere que se le distinga o individualice, bastando su ligadura carnal con la madre.

Consideramos que el **natimorto**, concebido muerto, es también titular de un nombre como sujeto de derecho que fue, al corresponderle de manera irrestricta e incondicional todos sus derechos extrapatrimoniales.

14.2. Persona natural

Con el nacimiento y expedición del certificado de nacimiento vivo puede tramitarse la partida de nacimiento en la que conste el nombre del recién nacido.

15. PRUEBA DEL NOMBRE

La prueba del nombre resulta de su respectiva inscripción en los Registros de estado civil, de acuerdo con el artículo 25 del Código. Bien dice Gomes⁽⁶⁵⁶⁾ que el nombre es objeto de un derecho personalísimo que tiene como fuente la ley y no el registro, que es apenas una prueba.

Debe quedar claro que la inscripción del nacimiento de una persona en el Registro del estado civil prueba el hecho del nacimiento y del nombre pero no constituye de modo alguno prueba de filiación⁽⁶⁵⁷⁾, tal como lo establece el Reglamento del Reniec en su artículo 52 “Las inscripciones reguladas en los artículos 48, 49, 50 y 51 de la presente ley probarán únicamente el nacimiento y el nombre de la persona. No surten efecto en cuanto a filiación, salvo que se hayan cumplido las exigencias y normas del Código Civil sobre la materia”.

(654) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 401.

(655) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, p. 161.

(656) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Río de Janeiro, Forense, 2001, p. 157.

(657) PALACIOS LEÓN, Nélida. “Prueba del nombre”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, p. 162.

16. ACCIONES DE DEFENSA DEL NOMBRE

16.1. Generalidades

Cualquier referencia al nombre de una persona debe ser hecha de forma discreta, respetuosa, de modo de no ofenderla⁽⁶⁵⁸⁾. El nombre merece protección, defensa y cautela. El Derecho ofrece mecanismos mediante los que, como derecho, el nombre puede ejercerse a plenitud y de forma irrestricta.

El Código del 36 reguló la materia del nombre solo en lo referente a su protección (arts. 13 al 18) refiriéndose a las acciones de contestación, usurpación, cambio y correspondiente impugnación.

16.2. Denominación

A estas acciones se les denomina acciones de tutela de nombre, acciones de garantías nominativas, acciones protectoras⁽⁶⁵⁹⁾.

16.3. Concepto

Las acciones de defensa del nombre están referidas al resguardo del nombre frente a actos que atentan o vulneran su esencia. Conforme a la evolución del nombre como dato técnico, estas acciones han ido redimensionándose, adaptándose a los nuevos modelos de identificación de la persona y exigencias de la sociedad.

16.4. Delimitación

Se aplican tanto al nombre como al seudónimo.

16.5. Objetivo

Estas acciones buscan viabilizar y cautelar el derecho a la identidad de la persona. Se canalizan a través de acciones judiciales, de demandas, que procuran la cautela del nombre como signo de identificación de la persona.

Cada acción tiene su finalidad, sirven para modificar, defender, oponer, limitar sea los actos o derechos del titular como de terceras personas.

(658) MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 112.

(659) ORGÁZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ob. cit., p. 215.

El juez al momento de emitir sentencia en torno a temas relativos al nombre debe aplicar la ley comprendiendo con sensibilidad que los valores inmersos en los articulados en el Código Civil tienden fundamentalmente a proteger a la persona natural⁽⁶⁶⁰⁾.

16.6. Principios

Las acciones de defensa del nombre se sustentan en los siguientes principios:

- Personales.
- Publicidad.
- Inalienables.
- Renunciables.
- Intransmisibles.
- Jurisdiccionales.
- Imprescriptibles.

16.7. Clases

Las acciones pueden ser de varios tipos, según las pretensiones de la parte afectada.

Acciones			
Reclamación	Usurpación	Modificación	Exclusión
		Impugnación	

16.7.1. Acción de reclamación

16.7.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Llamada de reconocimiento.

Es la acción judicial iniciada contra aquel que niega la pertenencia o legitimidad al nombre de una persona.

Esta acción es producto de la negación o desconocimiento al derecho que tiene una persona de usar y ser designado por su nombre.

(660) Cas. N° 1154-97, del 14/01/1998.

Ego sum qui sum, Soy el que soy, y así deben reconocermme y llamarme. Nadie puede decirme “No te llames así” o llamarme de una forma distinta a mí verdadero nombre.

Su fin es la reivindicación del nombre del titular teniendo como fundamentos:

El derecho al nombre.

El derecho a usar el nombre, y

El legítimo interés en su salvaguarda.

16.7.1.2. Procedencia

La acción procede cuando:

- Se cuestiona el nombre.
- Se desconoce el nombre.
- Se niega el uso del nombre.
- Se impide el uso del nombre.
- Se niegan a colocar el nombre completo.
- Se designa a una persona con nombre que no le corresponde.
- Se declara que el titular oculta una identificación con nombre supuesto.

La casuística es variada:

- Entrevistas.
- Manifestaciones verbales.
- Publicaciones periodísticas.
- Negar a un socio el colocar su nombre en la denominación de la empresa.

Tobías⁽⁶⁶¹⁾ expresa que no es parte de esta acción el “derecho a ser nombrado” referido a la necesidad de tutelar otros intereses de la persona distintos al derecho a ser identificado con el nombre del que se es titular.

(661) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas*. Ob cit., p.447.

16.7.1.3. Improcedencia

- Homonimia.
- Por razones de espacio en el texto a utilizarse no podemos pretender que se coloque el nombre completo.

16.7.1.4. Prueba

Todo medio probatorio destinado a acreditar que el titular no está siendo designado por el nombre que le corresponde.

16.7.1.5. Sentencia

- La sentencia favorable implica disponer:
- El cese al hecho violatorio.

La indemnización de los daños.

16.7.1.6. Base legal

Artículo 26 del Código Civil

“Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.

Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda”.

16.7.2. Acción de usurpación

16.7.2.1. Objetivo de la acción y procedencia

Llamada de impugnación, contestación o acción de reivindicación de nombre⁽⁶⁶²⁾.

Tiene su origen en la teoría de la propiedad del nombre.

Usurpar (Del lat. *usurpre*) es hacer suyo cosa que no es propia. Implica un apoderamiento, un dominio sobre cosa que no nos pertenece.

El concepto de usurpación utilizado es de naturaleza civil, no penal, *i.e.* no debe entenderse como despojo con violencia sino que existirá

(662) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 128.

usurpación de nombre cuando este sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular del mismo⁽⁶⁶³⁾.

El nombre es un derecho, también un deber que supone que cada uno use su nombre y no el de otro. Toda persona tiene la obligación de respetar el nombre de los demás.

Nadie puede usar el nombre de otra persona sin consentimiento previo o, en todo caso, debe hacer uso debido de las facultades de uso concedidas por el titular, a contrario sensu comete una usurpación. La acción busca el uso debido del nombre por terceras personas, sancionando así el uso ilegítimo del nombre ajeno.

En un proceso de usurpación el juez se limita a verificar si hubo o no autorización para la mención del progenitor en la partida de nacimiento sin que proceda a discutir la paternidad⁽⁶⁶⁴⁾, por lo que la prueba de esta última es irrelevante no guardando relación con el objeto de la controversia⁽⁶⁶⁵⁾.

Los elementos de acción son:

- Usar el nombre de otro sin autorización.
- Usar el nombre inadecuadamente cuando media autorización.
- Causar un perjuicio.

16.7.2.2. Procedencia

La acción procede en los siguientes casos:

- **Uso sin autorización.** Se usa el nombre de una persona sin su consentimiento.
 - **Directo**, apoderamiento del nombre ajeno, asumir y llamarse como otro. Presentarse en nombre de una persona. Es un caso de suplantación de identidad. Presentarse como una persona que no es. Juan se presenta a una conferencia como si fuera el maestro Carlos Fernández Sessarego.

(663) Cas. N° 750-98-Junín, Cas. N° 299-00A-Huancavelica, Cas. N° 1061-98-Junín, Cas. N° 2747-98-Junín.

(664) CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "Usurpación de nombre. Antes y después de la Ley N° 27720". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 155, Lima, agosto de 2011, pp. 348 y 349.

(665) Cas. N° 750-97-Junín.

- **Indirecto**, uso del nombre ajeno no para identificar sino para atribuir una manifestación de voluntad o una situación jurídica inexistente aún no determinada, calidad o estatus no comprobado. Consignar en un documento el nombre de una persona sin su autorización. v. gr. **Colocar el nombre de Juan como padre en una partida de nacimiento**⁽⁶⁶⁶⁾.
- **Uso indebido**. Se usa el nombre de una persona con su consentimiento pero excediendo las facultades concedidas.
 - Me permiten usar el nombre para una campaña publicitaria de jeans y lo uso además para otra campaña. v. gr. **Juan usa jeans Lewis y también gusta de pollos El Crocante**.

León Barandiarán⁽⁶⁶⁷⁾ se pregunta si procede la usurpación cuando se toma el nombre de una persona sin su consentimiento pero sin causarle daño, por el contrario, en alguna manera su nombre es tomado para enaltecerla, v. gr. para designar una calle, para un personaje artístico; el tema, considera el maestro, se resuelve a través del derecho que toda persona tiene que los terceros la dejen en paz, cuando no deseamos que se ocupen de nosotros.

Pontes de Miranda⁽⁶⁶⁸⁾ cita como ejemplo curioso el hecho de que un marido inscriba a su amante en el registro de un hotel o en un viaje con el nombre de su mujer, no es solo ofensa al nombre, es el uso de un nombre para designar a otro por lo que se configura un caso de usurpación.

16.7.2.3. Improcedencia

No procede en los siguientes casos:

- Tomar el nombre de una persona para designar un objeto, una cosa, un bien. Utilizar el nombre de James Bond no es usurpación sino uso indebido de una marca (no es una persona, es un personaje).

(666) “El artículo 28 del Código Civil no solo prohíbe la usurpación del nombre de la persona afectada sino también su uso sin su autorización, por lo que la utilización del nombre del demandante en una partida de nacimiento constituye un uso indebido que debe cesar, sin que esto implique un pronunciamiento sobre derechos de filiación” (Cas. N° 853-95, Sala Civil de la Corte Suprema).

(667) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, enero de 1991, Lima, p. 154.

(668) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 7, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 122.

- Homonimia: en este caso la persona usa su nombre propio, a pesar de que lo comparta con otro no debe pedirle autorización alguna; lo que el homónimo no puede hacer es abusar del uso de su nombre para crear confusión en los demás, haciéndose pasar por tal o cual persona.
- Declarar a un tercero como padre y que así conste en la partida de nacimiento sin que exista reconocimiento de este⁽⁶⁶⁹⁾.
- Cuando hay cesión de uso del nombre, salvo por un uso excesivo o extralimitado procedería la usurpación.
- En la denominación de un personaje en una producción literaria, radial o cinematográfica y presentando a tal personaje en un rol anti-pático, odioso, grotesco⁽⁶⁷⁰⁾.

16.7.2.4. Prueba

Cualquier medio probatorio (documentos, partidas, escritos, etc.) que acredite que una persona ha utilizado un nombre que no le corresponde, que ha usado como propio el nombre de otro, que ha consignado el nombre de una persona sin su autorización.

Dice Valencia⁽⁶⁷¹⁾ que para que el usurpador responda no se requiere prueba del dolo o culpa, es indiferente que el usurpador actúe de buena o mala fe en el uso del nombre que corresponda a otra persona.

16.7.2.5. Sentencia

La sentencia favorable implica disponer:

- El cese del hecho violatorio.
- La indemnización de los daños.

(669) Que según artículo 387 la filiación solo puede ser probada mediante el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad, por lo que si la madre asentó los apellidos del actor en el acta de nacimiento esto no implica reconocimiento alguno, no existiendo tampoco en ese sentido acto de usurpación de nombre conforme los artículos 28 y 392 del C.C. Cas. N° 38-00-Áncash. Sala Civil Transitoria de La Corte Suprema de Justicia de la Republica.

(670) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 153.

(671) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 338.

16.7.2.6. Base legal

Artículo 28 del Código Civil:

“Nadie puede usar el nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda”.

El artículo 3 de la Ley N° 28720, el presunto progenitor que se considere afectado por la consignación de su nombre en la partida de nacimiento de un niño que no ha reconocido, puede iniciar a un proceso de usurpación de nombre de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Civil y de acuerdo a la vía del proceso sumarísimo.

16.7.3. Acción de modificación

16.7.3.1. Objetivo de la acción y procedencia

Llamada cambio o mutación de nombre.

El nombre es inmutable, inalterable, inmodificable.

A la vez que derecho, el nombre es un deber. Impuesto debe llevarse como tal. Una vez constituido el nombre se rige por el principio de estabilidad, así cualquier modificación solo es posible dentro del estricto condicionalismo legal⁽⁶⁷²⁾.

Deber implica respeto, uso adecuado, conservación de llevarlo tal cual es.

Su eventual modificación podría generar confusión e impediría identificar a la persona, experimentándose variaciones susceptibles de introducir equívocos en el ambiente social⁽⁶⁷³⁾. Esta tiene el deber de mantener su nominación. No puede variarla a mera voluntad, solo por razones justificadas, previa publicación y decisión judicial. El nombre está irrogado de estabilidad y permanencia, lo que se encuentra sustentado en el principio de seguridad jurídica. Y es que al Estado le interesa que las personas conserven su nombre, lo sobrelleven, no anden cambiándolo por mero antojo o capricho, en gran medida se evita vitando el lavado de identidad (delincuentes o infractores)⁽⁶⁷⁴⁾.

(672) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I - Parte general*. Ob. cit., p. 210.

(673) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Ob. cit., p. 313.

(674) GHERSI, Carlos Alberto *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 187.

La regla es que nadie puede cambiar su nombre.

La excepción es que puede cambiarlo por motivos justificados –*justes motifs*– y que estos sean amparados por autorización judicial.

La acción de modificación puede afectar al nombre de una forma total o parcial.

El cambio de nombre implica una modificación en la estructura verbal, puede ser: **sustitutiva**, por permutación de algunos elementos; **amplificativa**, por incorporación o agregación de un nuevo elemento verbal, o; **reductiva**, por supresión o segregación de algún vocablo o partícula⁽⁶⁷⁵⁾. Así tenemos:

- Cambio.
- Adición.
- Supresión.
- Enmienda.
- Alteración.
- Reestructuración.

Pliner⁽⁶⁷⁶⁾ nos refiere que las mutaciones posibles son:

- Adición.
- Modificación
 - Mudanza de orden
 - Variación ortográfica
 - Supresión
 - Castellanización
- Sustitución

Los elementos de acción son:

(675) LUCES GIL, Francisco. *El nombre civil de las personas en el ordenamiento jurídico español*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 170. Cit. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho civil*. Ob. cit., p. 122.

(676) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. Ob. cit., pp. 282 y 283.

Elementos	Justificación
Motivos justificados	El nombre no cumple su función individualizadora y de identidad.
Demanda	Se realiza mediante proceso judicial no contencioso
Publicación	La publicación de un extracto de la solicitud en el diario oficial <i>El Peruano</i> y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado permite la puesta en conocimiento de terceros de la pretensión de cambio de nombre. La publicación evita que esta acción se haga de forma cuasi clandestina o cuasi confidencial ⁽¹³²⁾ .
Eventual oposición	Permite el ejercicio de tercero de contradecir la pretensión de cambio de nombre
Sentencia	Si es fundada y ampara la pretensión se procede a la modificación del nombre
Inscripción	En el registro de estado civil

Si es necesario para la persona y no perjudica a la sociedad, el cambio de nombre es perfectamente viable. Limitar el cambio es contrario al derecho, así como también lo es el cambio irrestricto y sujeto a mera voluntad de su titular.

16.7.3.2. Procedencia

La acción procede frente a motivos justificados, no por un simple capricho o deseo sin sustento. Debe comprobarse que no existe malicia o un motivo oculto en la pretensión.

(677) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 160.

Entre los motivos justificados tenemos, entre otros:

Extensión	Adolph Blaine Charles David Earl Frederick Gerald Hubert Irvin John Kenneth Lloyd Martin Nero Oliver Paul Quincy Randolph Sherman Thomas Uncas Victor William Xerxes Yancy Zeus Wolfeschlegelsteinhausenbergerdorffvoralternwarengewissenhaftschaferswessenschafewarenwohlgepflegeund-sorgfaltigkeitbeschutzensvonangreifendurchihrraubgierigfeinde-welchevoralternzwolftausendjahresvorandieerscheinenwander-ersterdemenschderraumschiffgebrauchlichtalsseinursprung-vonkraftgestartseinlangefahrtinzwischensternartigraumauf-dersuchenachdiesternwelchegehabtbewohnbarplanetenkreise-drehensichundwohinderneurassevonverstandigmenschlichkeit-konttefortplanzenundsicherfreuenanlebenslanglichfreude-undruhemitnichtefurchtvorangreifenvonandererintelligent-geschopfvonhinzzwischensternartigraum, Senior ⁽¹³³⁾ . Conocido como: Mr. Wolfe Plus 585 Sr. o, Hubert Blaine Wolfeschlegelsteinhausenbergerdorff
Seudónimo	Pablo Neruda ⁽¹³⁴⁾
Homonomía	Juan Quispe Quispe
Cambio de sexo	De Fernando Javier a Deborah
De difícil pronunciación	Shohreh Aghdashloo Arnold Schwarzenegger
Nombre con implicancias políticas	Marx, Lennin, Fascista, Libertad
Nombre con implicancias religiosas	Ateo, Virgen, Jesús
Compartir prenombrados con hermanos	María Carmen, María Rosario, María Guadalupe
Nombres extranjeros que tienen una connotación burlesca	Ping Gong, Chu Chan Man, Ping Ping, Jodinski, Miculinich.
Nombre grotesco, grosero, risible, ridículo, extravagante, indecoroso, bochornoso	Prostituta, Lesbiana, Excremento
Regulación ortográfica o adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos extranjeros	Traducción de nombres extranjeros

(678) En la práctica su nombre se vio reducido a un nombre, un segundo nombre y una abreviatura de su apellido de apenas 35 letras. Pero su nombre completo contenía un total de 746 letras, divididas en 27 nombres (cada uno comenzando con una letra distinta del alfabeto) y un apellido de 590 letras. <<http://recuerdosdepandora.com>>, 22/12/2013.

(679) El poeta chileno solicitó en 1945, ante el 4° Juzgado de Letras de Menor Cuantía (Santiago), la rectificación de su partida de nacimiento y matrimonio a fin de alterar el nombre de Ricardo Eliécer Neftalí Reyes Basoalto por Pablo Neruda. El Director del Registro Civil informó que de acuerdo a la ley chilena no procedía el cambio de nombre considerando que el solicitante debía variar su solicitud en el sentido de pedir no la rectificación de sus partidas sino la sub-inscripción en que se deja constancia que don Ricardo Reyes y Pablo Neruda son una misma persona, por lo que no se autoriza el cambio de nombre sino simplemente esa aclaración, de esta manera el peticionario puede ser conocido y hacer valer su seudónimo como si fuera su nombre probando legalmente que son la misma persona. Vide ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. Tomo I, Santiago de Chile, Ediar, 1990, p. 411.

Nombre deshonrado. Por razón de escándalo, estigma o desdoro que afecte a un pariente muy cercano del peticionario, quien no quiere llevar ese mismo nombre que es el de la persona mancillada por tales hechos ⁽¹³⁵⁾ .	Es el caso del hijo del narcotraficante Pablo Escobar (cartel de Cali), Juan Pablo Escobar Henao, quien se cambió de nombre por Sebastián Marroquín.
--	--

Así también, tenemos el caso de los exconvictos que más que cambiar su identidad quieren dejar atrás su pasado nominativo o en el caso de las víctimas y testigos⁽⁶⁸¹⁾ a las que se les brinda protección facilitándoles el cambio de nombre.

Estos motivos no son uniformes, dependen de cada persona y situación.

16.7.3.3. Improcedencia

Podemos plantear probables casos en los que no procedería el cambio de nombre:

- De un muerto.
- Por edad avanzada.
- Por tener antecedentes penales.
- Para quedarse con un solo apellido.
- Cuando el cambio es para mal y no soluciona en sí el problema de la identificación, en todo caso lo empeora (Rosa Melano por Analissa Melano; Thomas Boyd Ritchie III por, simplemente III; Robin por Batman; Ciriaco por Pertecho).

Para Borda⁽⁶⁸²⁾ no son causas suficientes para autorizar el cambio:

- Motivos familiares o sentimentales.
- La costumbre de usar un nombre distinto del propio.

(680) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 159.

(681) Brasil. Ley 9.807, del 13 de julio 1999. Establece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

(682) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 348.

- El abandono del padre ya fallecido y el reconocimiento hacia el padrastro que lo educó y protegió.

Existen algunos casos límites que habrán de ser analizados uno a uno:

- Por violencia familiar.
- Por abandono del padre.
- Por reconocimiento tardío.

16.7.3.4. Efectos

- Implica la variación de los documentos de la persona.
- Determina la variación del nombre, no de la identidad de la persona.
- El cambio del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.
- El cambio de nombre no afecta el estado civil o situación jurídica de la persona, solo afecta su identificación (art. 30 del CC). “Sigo siendo el que soy” hijo, padre, cónyuge, deudor, acreedor, profesor, abogado.

16.7.3.5. Prueba

Todo medio probatorio que justifique la modificación del nombre.

16.7.3.6. Sentencia

La sentencia favorable implica disponer la modificación del nombre.

16.7.3.7. Base legal

Artículos 29 y 30 del Código Civil:

“Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad”.

“El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación”.

Artículo 749 del CPC, Procedimiento no contencioso.

16.7.3.8. Delimitación

Este proceso debe diferenciarse del procedimiento de rectificación de partida⁽⁶⁸³⁾.

En este último el nombre es el correcto, no hay disconformidad con el mismo, lo que sucede es que ha sido mal consignado en la partida, de allí que solo deba ser enmendado el error.

16.7.4. Acción de impugnación

16.7.4.1. Objetivo de la acción y procedencia

Llamada de oposición.

En área procesal se le conoce como contradicción.

Esta acción va de la mano con la acción de modificación del nombre. Y es que el cambio de nombre debe ser debidamente garantizado por la publicidad con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas por la pretensión de modificación de nombre puedan impugnarla; finalmente, depende del juez validar la oposición.

El fin de esta acción es impedir que ciertos cambios o adiciones de nombre causen daños a terceras personas.

Los elementos de la acción son:

- Se toma conocimiento del cambio del nombre a través de la publicación.
- Se presenta la oposición debidamente fundamentada ante el proceso en giro de cambio de nombre.
- Se concede al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente.
- Se procede a resolverla. Excepcionalmente puede reservarse la decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

(683) El Código del 36 los confundía. “Artículo 15.- Nadie puede cambiar de nombre o apellido ni añadir otro a los suyos, sin autorización obtenida por los trámites prescritos en el Código de Procedimientos Civiles para la rectificación de las partidas del estado civil”.

16.7.4.2. Procedencia

Evita la homonimia.

Esta acción constituye un límite a la acción de cambio o adición de nombre.

De no ser procedente la oposición habilita al perjudicado a iniciar la acción por daños.

16.7.4.3. Prueba

Todo medio probatorio que acredite que el cambio o adición de nombre cause un daño a tercera persona.

16.7.4.4. Sentencia

La sentencia favorable implica disponer que no proceda la modificación de nombre del solicitante, debiendo este proceder a modificar su nombre en otro sentido.

16.7.4.5. Base legal

Artículo 31 del CC:

“La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente”.

Artículo 754 del CPC, Procedimiento no contencioso.

16.7.5. Acción de exclusión del nombre

16.7.5.1. Objetivo de la acción y procedencia

El nombre tiene un doble contenido

- Positivo, *ius utendi* – Derecho de uso
 - Negativo, *ius arcendi* – Derecho de impedir que otros lo usen
- Derecho de exclusión

Es la acción mediante la que se solicita extraer el nombre del solicitante de una partida.

El nombre de una persona debe constar donde la persona decida que esté. Por lo tanto, de no ocurrir ello, tiene el derecho de solicitar la exclusión de su nombre. Esto no implica que excluya el apellido paterno del

nombre del menor, **máxime** cuando el citado apellido no es atributo particular del actor porque pueden coexistir apellidos homónimos⁽⁶⁸⁴⁾, el menor como persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, por lo que seguirá ostentando dicho apellido paterno⁽⁶⁸⁵⁾. Esto nos lleva a establecer que el nombre es un atributo identificador de la persona sobre el cual esta no dispone de un derecho de exclusiva⁽⁶⁸⁶⁾.

El fin de esta acción es parecida a la acción de usurpación: evitar el uso y consignación indebida del nombre de una persona sin su autorización.

Se trata de una acción declarativa negativa: ¡Que no lleve mi nombre!

16.7.5.2. Procedencia

La acción procede ante conductas de utilización o consignación indebida del nombre en favor de tercero.

Entre los casos más comunes tenemos:

- Cuando consta indebidamente en una partida de nacimiento
- Cuando la mujer, cuyo matrimonio fue disuelto o invalidado, continúa usando el apellido del exmarido.

16.7.5.3. Improcedencia

Quien solicita la exclusión es quien inscribió al menor como su hijo⁽⁶⁸⁷⁾.

El demandante no ha reconocido a los dos menores respecto de los cuales pretende se le excluya sus nombres como presunto padre, acreditándose que la demandada es casada con un tercero, por lo que se desestimó la demanda⁽⁶⁸⁸⁾.

(684) Cas. N° 3802-00-Áncash.

(685) Cas. N° 2803-2003-Huancavelica.

(686) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 115.

(687) La acción sobre exclusión de nombre procedería en el presente caso solo si se trata del caso que el padre o la madre reconocen en forma separada el nacimiento de su hijo, indicando el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido, indicación que se tiene por no puesta. Sin embargo, el demandante ha pedido que se excluya su nombre de la partida perteneciente al menor por considerar que no es su padre; pero el propio actor inscribió el nacimiento dándole su nombre en la partida por lo que mal podría accederse a su exclusión si previamente y por mandato judicial no se declara nulo dicho reconocimiento. Cas. N° 2592-99-Puno. DOEP, 04/07/2000.

(688) Cas. N° 1868-97-Chincha. DOEP, 04/01/1999.

16.7.5.4. Prueba

Cualquier medio probatorio (documentos, partidas, escritos, etc.).

16.7.5.5. Sentencia

La sentencia favorable implica disponer:

- El cese del hecho violatorio.
- Excluir el nombre.
- La indemnización de los daños.

16.7.5.6. Base legal

A la fecha la aplicación de esta acción es intrascendental por la derogación, a través de la Ley N° 28720 del artículo 392 del Código Civil y el artículo 37 del Reglamento del Reniec.

Cuadro comparativo de las acciones de protección al nombre

Acciones				
Reclamación	Usurpación	Modificación	Impugnación	Exclusión
Respecto de quien niega la pertenencia o uso del nombre de una persona	Respecto de quien usa el nombre de una persona sin autorización o lo usa de forma indebida	Permite la variación del nombre cuando existan motivos justificados	Faculta a quien se vea afectado por la modificación de nombre de otro a oponerse	Respecto de la consignación indebida del nombre
¿Quién eres?	¿Quién te permitió que uses mi nombre?	¡El nombre que tengo no me gusta, quiero otro!	¡No quiero que te cambies de nombre!	¡No quiero que mi nombre figure allí!
Busca se respete el nombre de la persona	Evita la confusión entre el titular del nombre y el usurpador	Conseguir el máximo efecto identificatorio del nombre	Evita la confusión de nombre, básicamente la homonimia	Permite el uso propio del nombre solo por su titular

16.7.6. Otras acciones

16.7.6.1. Acción de supresión

Objeto

Procede cuando está en juego el honor de una persona⁽⁶⁸⁹⁾.

(689) RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 84.

Concepto

Otorga al titular a exigir la supresión de tal designación cuando su nombre es utilizado maliciosamente para designar:

Bien	Jabones Enrique Varsi, Chizitos Varsi
Animal	Que mi vecino, con el cual estoy enemistado, le ponga a su mascota mi nombre
Empresa	Enrique Varsi Rospigliosi S.A.C.
Personaje de obras	Que un escritor, guionista o director de cine utilice mi nombre para personificar a un hombre del hampa

Características

- Uso del nombre sin autorización.
- Utilización maliciosa del nombre.
- Cuando se utiliza para designar un bien u objeto.

Diferencias con la usurpación

Se diferencia de la acción de usurpación pues está dirigida a ser planteada cuando alguien usa mi nombre para identificar o relacionar a otra persona sin mi permiso.

Se presentan dos tipos:

- **Uso ilícito o impropio del nombre**

Como la llama Pliner⁽⁶⁹⁰⁾.

Para identificar a un animal o una cosa. V. gr. las vecinas irreconciliadas de Brasil, en la que una de ellas le pone a su perro el nombre de la otra.

- **Acción de defensa del buen nombre**

Como la llama Borda⁽⁶⁹¹⁾.

Impedir que mi nombre sea utilizado en personajes de fantasía. V. gr. que le pongan a un muñeco de Hasbro mi nombre.

(690) PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. Ob. cit., p. 388.

(691) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 360.

16.7.6.2. Acción de reafirmación

Obtener judicialmente la confirmación del derecho de uso del nombre frente a quien discute el uso o lo pone en duda⁽⁶⁹²⁾. Es la reafirmación de la sociedad me reconozca como tal, que diga, finalmente, “es él”.

16.7.6.3. Acción de negar

Se acciona frente a aquella conducta que dificulta o impide al titular usar su nombre.

La usurpación es igual a negación.

La negación no es igual a la usurpación.

16.7.6.4. Acción de abuso del nombre

Se acciona frente a un uso excesivo, irregular, inadecuado e irrestricto que hace el titular respecto de su nombre.

¿...Sabes con quién está hablando?

16.7.6.5. Proceso de rectificación de partida

Este proceso se diferencia de la acción de modificación del nombre.

En este último se busca cambiar el nombre, implica variación, alteración lo que ha llevado a fijar una competencia colegiada. La rectificación busca solo corregir, enmendar, subsanar un error en el nombre, se viabiliza solo las solicitudes de rectificación por (meros) errores materiales, cuando el nombre fue registrado cometándose un error en su escritura, equivocación de letras, acentos (*lapsus calami*), incluso cabe la vía notarial.

Téngase en cuenta que en los nombres y apellidos no siguen reglas ortográficas.

Tenemos estas diferencias en los procesos en referencia:

(692) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Ob. cit., p. 128.

	Modificación de nombre	Rectificación de partidas
Competencia	Juez Especializado en lo Civil	Juez de Paz Letrado o Notario
Definición	Proceso judicial que tiene por finalidad modificar (cambiar, eliminar, adicionar) el nombre consignado en la partida de nacimiento.	Proceso judicial o notarial que tiene por objeto corregir errores u omisiones de nombres, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio o defunción.
Procedimiento	<ul style="list-style-type: none"> - Solicitud - Publicación - Audiencia - Sentencia - Inscripción 	<ul style="list-style-type: none"> - Solicitud - Publicación - Sentencia - Inscripción
Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> - Demanda / solicitud firmada por abogado - Partida de nacimiento - Copia simple del DNI - Cédulas de notificación 	

Este proceso se da única y exclusivamente en los siguientes casos:

- Error en la grafía.
- Registro equívoco.
- Omisión de partículas.

Puede ser planteado en cualquiera de las dos vías, sea judicial, notarial o administrativa:

16.7.6.6. Proceso judicial

Si por error entre el nombre y el apellido hay un “de”, “y”, “i”, “e” u otro error manifiesto de ortografía, sexo o similar que fluya de la partida.

En estos casos procede la rectificación de plano, sin necesidad de audiencia.

Proceso notarial

Solo para corregir “errores” u “omisiones” en el: nombre, apellido, fecha (de nacimiento, matrimonio, defunción) que resulten propios de la partida u otros documentos.

No procede para el cambio de nombre, apellidos, sexo u otros.

Es un proceso ante un notario público⁽⁶⁹³⁾ que se produce por error del registrador o del legitimado para realizarlo.

Base legal: Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, rectificación de partidas.

16.7.6.7. Proceso administrativo

Este proceso se sustenta en el reconocimiento del derecho del ciudadano en materia de identidad, viabilizando la rectificación y regularización de actas de nacimiento, matrimonio y defunción a través de procedimientos administrativos rápidos y sencillos.

De esta manera se otorgan mecanismos legales que facilitan la rectificación de las actas eliminando los trámites que antes se realizaban en sede judicial o notarial.

Opera ante el Reniec por simple solicitud de la parte interesada:

- a) **Rectificación administrativa de actas por error u omisión atribuibles al registrador**

Directiva de Código DI-260-GRC/016 aprobada por la Resolución Jefatural 594-2009-JNA/RENIEC del 14/09/2009.

(693) La rectificación notarial se consagra en Ley N° 26662: Ley de Competencia Notarial en asuntos no Contenciosos de la Competencia notarial en su Título segundo, artículos 15 al 20 dispone que son de competencia notarial las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidente del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios. Precizando dicha norma que en ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente. Rectificación de nombre: El nombre no constituye sino una de las vertientes de la identidad personal, la que se refiere a los signos distintivos que permiten individualizar a la persona y que se complementa con otros elementos, siendo que la evaluación de las discrepancias en el nombre debe fundamentarse en una apreciación conjunta de los elementos obrantes en el registro y los instrumentos públicos aportados por los solicitantes, que a través de distintos factores de conexión permitan colegir en forma indubitable que se trata de la misma persona. No es procedente la rectificación de nombre en mérito a escritura pública, toda vez que la identidad personal no se encuentra sujeta a lo manifestado por las partes, sino que esta se determina conforme a los datos contenidos en los correspondientes documentos de identidad, de conformidad con el artículo 25 del Código Civil que establece que la prueba del nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil, los cuales deberán ser comparados con la información que obre en el Registro". Resolución del Tribunal Registral N° 019-2002-ORLC/TR, *El Peruano - Normas Legales*, 3 de febrero de 2002, p. 216781.

Determina los lineamientos para la rectificación de las actas registrales (nacimientos, matrimonios y defunciones) asentadas con error u omisión comprobables en las Oficinas de Registros del Estado Civil y las Oficinas Registrales Consulares, susceptibles de ser corregidos por la vía administrativa.

La rectificación procede cuando se compruebe de la revisión del acta o de la confrontación de esta con los documentos de sustento archivados, las siguientes situaciones:

1. Error en la consignación de datos de cualquiera de los campos del acta registral atribuible al registrador que efectuó la inscripción.
2. Omisión de cualquier dato, incluyendo firmas y sellos del registrador, en el acta registral, en que hubiera incurrido el registrador de la época.
3. La omisión de salvedad de cualquiera de los datos consignados en el acta, con excepción del (de los) prenombre(s) del titular del acta de nacimiento.
4. Omisión de prenombre en el cuerpo del acta, cuando este obra en el margen o sumilla de la misma.

En caso no pueda determinarse el error u omisión mediante la revisión del acta o de los documentos de sustento o título archivado que le dio mérito, será declarada la improcedencia, debiéndose acudir al ámbito judicial o notarial, según corresponda.

b) Rectificación administrativa de actas por error u omisión no atribuibles al registrador

Directiva de Código DI-263-GRC/017 aprobada por la Resolución Jefatural N° 406-2010-JNA/RENIEC del 10/05/2010.

Determina los lineamientos para la rectificación de las actas registrales (nacimientos, matrimonios y defunciones) asentadas con error u omisión no atribuibles al registrador y que resulten comprobables de su confrontación con otras inscripciones registradas. No procede, mediante este procedimiento, el cambio de nombre del titular, sexo u otra información contenida en el Acta de Nacimiento que no surja de un error u omisión.

La rectificación procede por error u omisión no atribuible al registrador, en los rubros del acta registral que se señalan a continuación, que sean comprobables de su confrontación con otras inscripciones registradas:

1. Tratándose de actas de nacimiento podrá rectificarse los apellidos del titular, datos de la madre, padre y declarantes.
2. Cuando se trate de actas de matrimonio, la rectificación podrá ser de datos de los contrayentes y testigos.
3. En el caso de las actas de defunción, la rectificación podrá ser de datos del difunto, nombre del cónyuge y datos de los padres.

En caso no pueda determinarse el error u omisión mediante la revisión de las inscripciones de su confrontación con otras inscripciones registradas con anterioridad a las que se pretende rectificar, será declarada la improcedencia, debiéndose acudir al ámbito judicial o notarial, según corresponda.

Cuadro comparativo

	Rectificación administrativa de actas por error u omisión atribuibles al registrador	Rectificación administrativa de actas por error u omisión no atribuibles al registrador
Base legal	DI-260-GRC/016 RJ 594-2009-JNA/RENEC 14/09/2009	DI-263-GRC/017 RJ 406-2010-JNA/RENEC 10/05/2010
Procede	Por error u omisión atribuible al registrador.	Por error u omisión no atribuible al registrador.
Casos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Error en la consignación de datos de cualquiera de los campos del acta registral. 2. Omisión de cualquier dato, incluyendo firmas y sellos del registrador, en el acta registral. 3. La omisión de salvedad de cualquiera de los datos consignados en el acta, con excepción del (de los) prenombre(s) del titular del acta de nacimiento. 4. Omisión de prenombre en el cuerpo del acta, cuando este obra en el margen o sumilla de la misma. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. En las actas de nacimiento podrá rectificarse los apellidos del titular, datos de la madre, padre y declarantes. 2. En las actas de matrimonio podrá rectificarse los datos de los contrayentes y testigos. 3. En las actas de defunción podrá rectificarse los datos del difunto, nombre del cónyuge y datos de los padres.

17. COMPOSICIÓN DE LOS APELLIDOS

17.1. Antecedentes

En sus inicios el apellido compuesto se daba por la unión del patronímico y toponímico y servía para enlazar el nombre de una persona con el lugar en el que vivía.

Actualmente, el apellido compuesto se caracteriza por haberse juntado dos o más linajes, es decir, son dos apellidos en uno. Su **praxis** se inicia con los nobles quienes buscan resguardar y hacer trascender sus apellidos. El motivo, la jactancia de un apellido largo, pomposo, rimbombante muy por contrario de la creencia del deseo feminista de conservar el apellido de la madre. Como práctica adquiere furor allá en el siglo XVI, transformándose casi en costumbre. Llega a hacerse obligatoria en 1870 con la Ley del Registro Civil español a fin de evitar confusiones entre aquellos que compartían prenombre y apellido semejantes.

17.2. Generalidades

Como hemos referido existen tres principios básicos que rigen la institución del nombre:

- Inmutabilidad.
- Restricción en su elección.
- Dualidad del apellido.

La composición del apellido está limitada por ellos. El apellido define la identidad familiar y es atribuido por ley no habiendo autonomía en su elección. De acuerdo a la innovación que plantea nuestro Código Civil –desde su modificación del 2006 (Ley N° 28720)– a toda persona le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre (art. 20) aunque nuestro no consagra dicho orden, la costumbre patrilineal así lo considera. Solo a falta de revelación de la identidad del progenitor, la madre inscribirá a la descendencia con sus apellidos (art. 21). Se deja de lado la diferencia en la matrimonialidad o extramatrimonialidad de los hijos en materia de atribución del nombre.

Estos principios están sustentados por la naturaleza pública del nombre pero ceden frente al interés privado, cuando el sujeto demuestra que su nombre merece un cambio.

17.3. Procedimiento

La composición del apellido implica una modificación del nombre vía adición de apellido. Es un proceso de modificación amplificativa cuyo objetivo es yuxtaponer un nuevo signo al nombre. Se tramita mediante una acción judicial en la que debe probarse el motivo. Justificado que fuera se reconoce la libertad en la elección de un nuevo apellido añadiéndosele otro.

Al no existir un conflicto de intereses que resolver, se tramita como proceso no contencioso de acuerdo al mandato del artículo 749, inciso 12 del Código Procesal Civil. Puede convertirse en un proceso contencioso si el pretendido afectado por la alteración del apellido plantea oposición (art. 31 CC.). Por ejemplo, podría justificar, entre otras cosas, una homonimia y sus consecuencias en la serie de confusiones.

17.4. Competencia

El juez competente es el juez especializado no el juez de paz letrado.

Discrepamos en cuanto a la competencia del juez. Tratándose la modificación del nombre de un tema de trascendencia personal más que patrimonial, en el que identidad personal como familiar se ponen en juego, trascendiendo en los aspectos parentales y de filiación debiera ser el juez de familia el que ventile estos asuntos. Normativamente, el artículo 750 del Código Procesal Civil y el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo limitan al juez especializado debiéndose allanar el camino al juez de familia, como la lógica lo exige.

17.5. Causas

En rigor del principio de inmutabilidad del nombre todo cambio debe estar amparado en un motivo justificado. Normalmente se modifica el prenombre, entre otras variadas causas, por falta de consonancia con el apellido o por desuso. La composición de apellido merece análisis especial de su pedido. Debe ser debidamente sustentada a fin de lograr una decisión objetiva del juez al momento de fallar.

Entre las diversas causas tenemos:

17.5.1. Fama y notoriedad

Es la justificación más usada, de antaño hasta hoy. Se aboga cuando el apellido adquiere una importancia (social, económica, política, académica, deportiva). Fue una usanza de la nobleza que impedía la pérdida de

apellidos ilustres, de abolengo. Este hábito pasó a los plebeyos quienes en nombre, al menos, consiguieron un semblante distinguido. Aquellos que logran un éxito personal, trascendiendo en nombradía, consideran que no es suficiente transmitir un solo apellido, optan por componer sus signos de familia para trascender nomínicamente en otra persona, en su descendencia. Es una forma, qué duda cabe, de perpetuar la memoria de esa persona.

17.5.2. Popularidad del primer apellido

Cuando el primer apellido es común o corriente el sujeto opta por identificarse con ambos apellidos, los que con el tiempo pasan a ser una sola estructura. La composición evita que la descendencia adquiera ese nombre de familia ordinario.

El apellido más común en Perú es Quispe, seguido de Flores, Sánchez, García y Rodríguez⁽⁶⁹⁴⁾.

Apellidos más comunes en el Perú⁽⁶⁹⁵⁾

	APellidos Paterno	Cantidad		Apellido Materno	Cantidad
1	QUISPE	362486		QUISPE	342059
2	FLORES	235083		FLORES	221429
3	SÁNCHEZ	211554		SÁNCHEZ	195531
4	RODRÍGUEZ	202756		GARCÍA	186890
5	GARCÍA	201264		RODRÍGUEZ	185766
6	ROJAS	186732		ROJAS	173410
7	HUAMÁN	172441		HUAMÁN	165380
8	MAMANI	169669		MAMANI	158212
9	VÁSQUEZ	162954		VÁSQUEZ	153902
10	LÓPEZ	160277		LÓPEZ	147756

17.5.3. Pérdida o extinción de apellido

Dado que los apellidos se van transmitiendo de generación en generación pueden darse algunos supuestos: i) pérdida del apellido por decurso del tiempo; ii) irrelevancia por desuso; iii) extinción de la estirpe (al no haber descendientes masculinos que lo transmitan, solo féminas, se extinguirá con ellas). La composición es una forma de limitar la extinción de innumerables apellidos.

(694) “Más de 300 mil Quispes votarán en las elecciones del 10 de abril”, en: <www.elcomercio.pe>, del 09/02/2011.

(695) Según el Reniec, 08/2011.

17.5.4. Inscripción de hijos en países con normas de atribución del nombre diferentes

Imagínese que un hijo nazca en Arabia al que se le inscribirá con los dos apellidos paternos, agregándoles el de la madre; el otro nace en Perú, correspondiéndole el primero del padre y el de la madre. Mientras que uno goza de una composición legal, el otro no. No existirá coincidencia en el nombre de los hermanos. Esta discrepancia en cuanto al signo de identidad no ha sido voluntaria, por el contrario, es producto de las propias disposiciones legales aplicables a cada caso, lo que ha generado un conflicto que ameritaría que el segundo hijo lleve el apellido compuesto del padre a fin de evitar exclusión referencial del hijo menor.

17.5.5. Por características del segundo apellido

Cuando el segundo apellido: i) es más fuerte que el primero, primando incluso de manera individual (a la persona se le conoce más por su segundo apellido que por el primero); ii) es el usado por costumbre o ley (el haber vivido en países de patronímicos maternos); o, iii) contiene partículas que le dan mejor posicionamiento. Las situaciones planteadas quedan sin sentido cuando el primer apellido es más enérgico o fonético, no siendo justificación la composición, salvo que se pruebe lo común o vulgar del primero como indicamos anteriormente.

17.5.6. Por matrimonio

Es el caso de la mujer que usó el nombre del marido agregado al suyo. Esta acción no es del todo justificada pues es un derecho de la mujer el llevarlo, incluso luego de la disolución matrimonial, si se comprueba que su identidad se establece con el apellido del exmarido.

17.5.7. Evitar homonimias

Cuando se trata de apellidos comunes y resulta difícil o no es de interés variar de apellido, la composición resulta una salida de interés. La justificación sería perfecta, solo debe comprobarse la existencia de nombres similares (en nuestro medio Juan Quispe Quispe o los Juanes Quispe Mamanis no tendrían mayor inconveniente en solicitar la composición pues sustentarían que tienen como nombres los homónimos más comunes en el Perú).

17.5.8. Recomposición

Con el tiempo muchos apellidos compuestos perdieron dicha calidad, pasando a descomponerse en uno solo. Se acortaron, simplificaron, por diversas razones: i) sea por lo complejo en su utilización; ii) porque en los sistemas legales en los que coexistían resultaba engorroso llevarlos; iii) porque en el trato cotidiano resulta más sencillo utilizar un solo apellido; o, iv) por cambio extralingüístico.

Para rescatar el nombre extraviado debe acreditarse su uso ancestral o que su origen proviene de tiempo inmemorial evidenciándose la exigencia en la nueva composición del apellido. Aquella parte que perdió terminaría agregándose vía una recomposición.

17.5.9. Ocultamiento de identidad

Por razones de seguridad, en lugar de cambiar todo el nombre, una solución más pacífica es la composición de uno de los apellidos. La alteración total del nombre vía composición, con vestigios curiosos, sucedió en otrora con la Inquisición. En aquella época se formaban los apellidos compuestos con palabras iniciadas en San, Santa o Santo cuando los judíos, gitanos y otras etnias se vieron en la necesidad de variar sus apellidos usando compuestos con notas celestiales (San Martín, Santángel, Santodomingo, Santamaría, Santana).

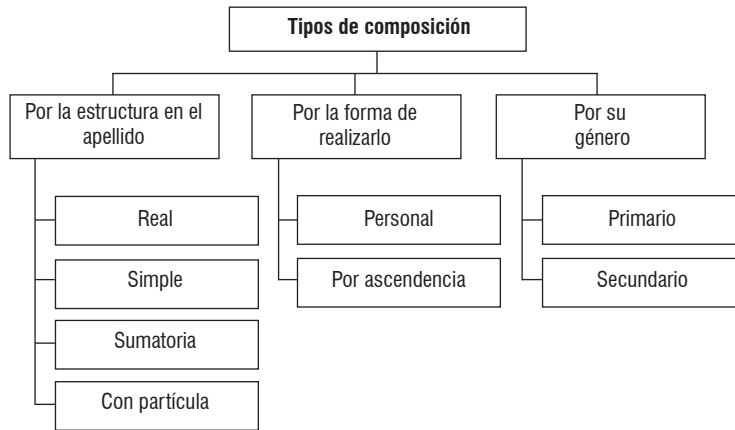
17.5.10. Preservar la identidad

El no otorgar el derecho de llevar el apellido paterno compuesto conllevaría al menor a una confusión en su desarrollo emocional, que vulneraría la identidad del niño respecto a su entorno social y psicológico, pues dejar que algunos familiares tengan el apellido compuesto y otros no, puede generar conflictos personales y sociales (CAS. 592-2013, Ayacucho).

17.6. Tipos de composición

Los apellidos pueden componerse de un sinnúmero de formas, sea por el modo cómo quede estructurado el nombre, de quién lo solicite y del apellido que se solicite componer.

El siguiente esquema nos lo presenta:



Analícemos sucintamente cada situación.

17.6.1. Por la estructura del apellido

a) Real

Lo característico de la composición es que entre los apellidos figure un guión (-). Los apellidos quedan separados y a la vez unidos. Este no traería mayores inconvenientes al identificarse las estirpes de cada uno de los apellidos. V. gr. Miró-Quesada, se trata de un apellido doble.

b) Simple

Se obvia el guión. Los apellidos se mantienen totalmente separados sin unión, pierden todo vestigio de origen. La persona aparentará tener tres apellidos (dos paternos y uno materno). V. gr. Miró Quesada, es un apellido mixto.

c) Sumatoria

No hay separación sino una completa unión. Dos linajes se fusionan. Miroquesada, es un apellido simple pero en el que puede identificarse su conformación.

d) Con partícula

Implica agregar una partícula en vez de guión (Miró y Quesada). Hay casos en que el segundo apellido termina en una partícula. En ambos se trata de un apellido estructurado, como se verá más adelante.

La falta de uniformidad en los criterios para componer el apellido deriva en la diversidad de estructuras de nombres de familia con un mismo linaje. Conforme lo apreciamos en los ejemplos, el apellido Miro Quesada tiene una variedad de presentaciones y en muchos casos es de una misma estirpe, vale decir son parte de la misma familia.

17.6.2. Por la formas de realizarlo

a) Personal

Cuando la propia persona solicita la composición de sus apellidos, el paterno y materno, en uno solo. Es una acción directa. El solicitante es titular de dos apellidos y pide unirlos, quedándose sin apellido materno. Lo que se busca es consolidar su nombre y transmitir un nuevo apellido a su descendencia o cónyuge.

Algunos sistemas, como el argentino⁽⁶⁹⁶⁾, indican que la modificación del nombre trascenderá a los hijos menores, procediéndose de oficio a la rectificación de partidas (art. 19). El chileno⁽⁶⁹⁷⁾, dice que el cambio de apellido no se hará extensivo a los padres del solicitante pero sí alcanzará a la descendencia sujeta a patria potestad y aquellos que lo consientan (art. 4). Los efectos legales de la modificación a la descendencia del solicitante son establecidos directamente por ley. En nuestro medio no opera así. Puede suceder que una persona con hijos componga sus apellidos lo que no afecta a su descendencia. En todo caso, esta podrá optar por modificar su apellido a fin de tomar el recién compuesto del padre. Se trataría de una acción declarativa.

b) Por ascendencia

Se da cuando la descendencia solicita la composición de uno de sus apellidos. Es una acción indirecta. Busca agregar a uno de sus apellidos uno nuevo que corresponda a su ascendiente directo. Si bien es parte de su estirpe, el solicitante no es titular del apellido a incorporarse, debiendo justificar adecuadamente dicha adición.

Ambas son acciones de declaración específica de voluntad, son los interesados o representantes quienes solicitan la modificación y asumen sus efectos.

(696) Ley N° 18248, Ley del nombre de las personas naturales (28/10/1968).

(697) Ley N° 17344 autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que se indica (22/09/1970).

17.6.3. Por su género

a) **Primario**

Es el más usual. Se compone el apellido paterno con el que se identifica y usará socialmente la persona. Es trascendental pues afecta el apellido en la línea paterna.

b) **Secundario**

Es menos usual, pues el apellido materno no identifica directamente a la persona. La adición será intrascendente, al componerse el apellido en la línea materna salvo que la persona logre identificarse de forma nómica integral con su nombre completo.

17.7. Consideraciones a tenerse en cuenta

Para lograr la composición del apellido los argumentos esgrimidos en la solicitud deben descartar claramente cualquier arbitrariedad, capricho, malicia y libre determinación en el cambio de nombre que lo vincule con una autoimposición y los viejos conceptos del derecho de señorío sobre la denominación personal del sujeto. Por el contrario, es preciso demostrar la necesidad mediante motivos justificados que acrediten la pretensión. El uso social constante es medio eficiente de evidenciar el pedido.

La composición debe tender a la uniformidad en el nombre y no generar una vulneración a la identidad familiar, teniendo en cuenta el fin identificador del apellido que tienen en común los parientes agnados. A la familia amplia se le conoce con el apellido paterno, a la familia nuclear con los apellidos que tienen los hijos, adquiridos de su padre y de su madre al momento de la inscripción. La composición debe tener en cuenta la uniformidad en su establecimiento, evitando discrepancias entre los elementos que estructuran el nombre de los familiares tanto en el aspecto verbal, visual como en el gráfico.

La adición del apellido a la descendencia es una cuestión en extremo delicada. La solicitud debe buscar uniformizar el nombre de familia y patronímico de la prole para que, con ello, puedan ejercer a plenitud su derecho a la identidad personal y familiar. Lo contrario, vale decir que uno de los hijos tenga un apellido compuesto y el otro no, puede generar conflictos existenciales no solo a nivel personal, sino también social, al verse identificados con apellidos que si bien corresponden a su verdadera

filiación no coinciden entre sí –entre hermanos– ni con los de la familia. Los hermanos pueden verse frustrados al saberse partícipes de una misma familia pero que la falta de coincidencia en sus apellidos más que acercarlos los aleja, los distancia. Incluso, pueden ser confundidos como hijos extramatrimoniales por el hecho de no compartir los mismos apellidos. Estas consecuencias no son ni razonables ni deseables en una relación en la que el vínculo entre los hermanos es fundamental, como base de la línea generatriz de la descendencia presente y futura. Además, la falta de coincidencia repercutirá en la descendencia de uno y de otro. Sus hijos, en su momento primos hermanos, tendrán apellidos diferentes, pudiendo ser pasibles de las mismas consecuencias de sus ascendientes.

La regla es que toda persona tenga dos apellidos simples. La excepción es que tenga uno compuesto y otro simple. Debe restringirse el hecho que una persona requiera contar con dos apellidos compuestos, al menos que existan motivos plenamente justificados.

La edad del solicitante es importante en cuanto a la viabilidad de la acción de composición. Solo como planteamiento, cuál sería la necesidad de una persona anciana componer sus apellidos, si cuenta con una descendencia profesional que lleva una vida hecha y derecha. Claro, los motivos pueden ser variados, solo es cuestión de analizarlos y legitimar la justificación.

La integración de la familia es fundamental para el desarrollo de la persona y ello lo logramos, prima facie, con la uniformidad y coincidencia de los apellidos que es lo que debe buscarse con la solicitud composición. Es tanta la trascendencia de esta acción que debe velarse por la consagración del proyecto de vida del solicitante, de sus beneficiarios y familia en general.

17.8. Efectos

El cambio o adición del nombre no altera el estado civil de quien lo obtiene (art. 30), sigo siendo padre-hijo, acreedor-deudor, casado-soltero, abogado-ingeniero. Con el apellido compuesto adquirido no modifico mi estatus legal.

Si bien el nuevo apellido supone desde ya una carta de presentación para la persona con todo un *background* y una trascendencia, puede terminar siendo un pesado lastre, una condena para la persona, que la encadena a un apellido con una fuerza o peso que no puede sobrellevar.

Termina aplastando a la persona o vinculando con actividades, aficiones o profesiones que no le son inherentes.

El apellido compuesto presenta un problema en el momento de su ordenación, es decir, cuando quiere individualizarse a la persona en determinados documentos, debiendo indicarse –como su origen lo exige– como un solo apellido, lo que debe quedar siempre claro.

17.9. El apellido compuesto y el apellido estructurado

El apellido estructurado no es un apellido compuesto.

Es un nombre que contiene artículos, preposiciones, conjunciones o guiones. Ejemplo: van, van der, vander, von, le, lo, el, la, las, los, da, de, del, de la, de las, de los, della, des, do, du, y, -, Jr, Sr, II, III.

A efectos de alfabetización existe todo un tratamiento respecto a estos fragmentos:

- Artículos, “el”, “los”, “la”, “las”. Serán considerados parte integrante del nombre si van unidos a él, precediéndolo.
- Preposición, “de” sola, con artículo (“de la”, “de las”, “de los”) y su contracción con el artículo “el” (“del”). Si preceden al primer apellido, se posponen al nombre y si se intercalan entre apellidos, se ignoran.
- Conjunción, “y” que suele unir apellidos se ignora en cualquier caso.
- Guiones, “-” que suelen acompañar a algunos apellidos y, en especial, a los apellidos compuestos, se ignoran.

17.10. Descomposición

Implicaría una modificación del nombre a efectos de suprimir un linaje del apellido compuesto. Es una solicitud mediante la cual se requiere limitar a una sola palabra un apellido unido a otro, quedarse con una sola estirpe; de ahí el nombre: Descomposición. Se presenta como un derecho de la persona reclamar que se le asigne su verdadero apellido, no llevar aquel creado por adición antojadiza de un ascendiente. La composición es adición, la descomposición es supresión.

La ley argentina⁽⁶⁹⁸⁾ indica que mediando matrimonio los hijos llevarán el primer apellido del padre, pudiendo inscribirse su apellido compuesto o agregarse el de la madre. En este segundo caso pasaría a ser por ley uno compuesto. Adquirida la mayoría cabe optar por el compuesto del padre o agregarse el de la madre. Adicionado el apellido, no cabe la supresión (art. 4).

17.11. Jurisprudencia

Exp. N° 396-2002

2ª Sala Civil de Lima

Lima, treintiuno de mayo de dos mil dos

AUTOS Y VISTOS: en audiencia pública de fecha veintiuno de mayo del presente año, interviniendo como vocal ponente la señora Mac Rae Thays; con el voto en discordia de la señora vocal Aranda Rodríguez; y, **ATENDIENDO: Primero.-** A que, la pretensión de los accionantes es que se adicione al apellido materno de sus menores hijos –Jaaziel Jeremai, José Arturo; y Bruno Coz Núñez– el apellido materno de la madre –Núñez Allauca–, quedando así los apellidos Coz Núñez Allauca, para lo cual solicitan autorización judicial de conformidad con lo previsto en artículo veintinueve del Código Civil; **Segundo.-** A que, el a quo desestima la acción al considerar que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio; de acuerdo a lo previsto en el inciso cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Civil al indicar que “(...) los recurrentes quienes pretenden esta acción en atención a que siendo su hermano el único varón ‘famoso’ se perdería en el tiempo su apellido, fundamento que no amerita la presente acción por cuanto la obligación de los apellidos de todo ciudadano es el de llevar los patronímicos del padre y madre, por tanto, lo mismo sucedería en el apellido del supuesto hermano (...)”; **Tercero.-** A que, el rechazo liminar de la acción por la causa invocada es considerado cuando “(...) no existe una relación lógica y congruente entre los fundamentos de hecho y las pretensiones procesales a las que le sirve de sustento. (sic), los hechos no solo demuestran la existencia del derecho pretendido, sino también constituyen el respaldo (...)” (De Jorge Carrión Lugo, en su Libro “Análisis del Código Procesal Civil”, Tomo I, Editorial Cuzco S.A., Año 1994, Lima-Perú); **Cuarto.-** A que, el razonamiento realizado por la juzgadora contiene una apreciación preliminar

(698) Ley N° 18248, Ley del nombre de las personas naturales (28/10/1968).

sobre lo que es materia del fondo demandado, desestimando la acción al considerar que el fundamento de esta no contiene una sustentación válida que justifique el cambio solicitado, y no propiamente la causa de improcedencia invocada; **Quinto.**- A que, por estos fundamentos la resolución materia de grado ha vulnerado lo previsto en el inciso cuatro del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil; por estos fundamentos: **DECLARARON NULA** la resolución número uno de fecha tres de diciembre de dos mil uno de fojas veintiocho, debiendo la a quo evaluar si la acción cumple con los presupuestos de procedibilidad correctamente al momento de calificar la demanda; en los seguidos sobre Inscripción y Rectificación de Partida; y los devolvieron.

SS. LAGOS ABRIL; MAC RAE THAYS

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA VOCAL ARANDA RODRÍGUEZ ES COMO SIGUE:

AUTOS y VISTOS: y ATENDIENDO: Primero: Es materia de apelación la resolución número uno **AUTO** de fecha tres de diciembre de dos mil uno, que obra a fojas veintiocho, que declara improcedente la demanda de adición de nombre interpuesta. **Segundo:** Del petitorio de la demanda de fojas veintitrés, se advierte que se pretende la adición del apellido materno de la actora en el apellido materno de sus hijos, y que como consecuencia de dicha adición el apellido materno de estos (hijos) sea el de Nuñez Allauca. **Tercero:** El artículo veintinueve del Código Civil establece que nadie puede cambiar su nombre, ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial y mediando autorización judicial. **Cuarto:** El nombre es la expresión visible y social mediante el cual se identifica a la persona. Esta peculiar función hace que la facultad de la persona a ser reconocida por su propio nombre implique también el deber, frente a la sociedad, de no cambiar de nombre, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial. **Quinto:** La norma antes glosada si bien es cierto que, a título de excepción, permite el cambio de nombre, también lo es que dicho cambio debe obedecer a motivos justificados, los que se presentan fundamentalmente cuando el nombre que se pretende alterar no cumple, o ha dejado de cumplir, su inherente función individualizadora, sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a la dignidad de la persona o cuando tenga una significación deshonrosa, indecorosa. **Sexto:** En el presente caso no se aprecia de los hechos expuestos por los actores, los motivos que justifiquen, el cambio de nombre de sus hijos, o que este (nombre) ya no cumple la inherente función individualizadora, siendo que lo alegado por los actores es una

situación particular referida al orgullo familiar, lo cual puede perdurar a través de otros mecanismos distintos al judicial. Por lo que estando a las consideraciones glosadas **MI VOTO** es porque se **CONFIRME** la resolución número uno **AUTO** de fecha tres de diciembre de dos mil uno, que obra a fojas veintiocho, que declara improcedente la demanda interpuesta, con lo demás que contiene. En los seguidos por Orlando Coz Sedano y otro sobre adición de nombre.

SS. ARANDA RODRÍGUEZ

18. CONVENIOS RELATIVOS AL NOMBRE

El nombre en razón de su titular es único.

Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley (art. 27).

Con base en el *ius abutendi*, el nombre de una persona puede ser materia de cesión, es disponible. Lo que busca el Derecho es que la persona pueda obtener una ventaja de cediéndolo y que terceros lo usen adecuadamente que no abusen del nombre de otra persona. Estos convenios no implican ni significan renuncia al nombre ni limitación al mismo; a contrario sensu, cesión es permitir el uso temporal del nombre en favor de tercero a fin de obtener un beneficio.

Es una facultad derivada del derecho al nombre el hecho que su titular lo pueda ceder con diversos fines:

- **Publicitarios**, a efectos de publicitar ciertos productos o servicios, v. gr. Perfumes Enrique Varsi, la fragancia seductora.
- **Interés social**, con la finalidad de difundir acontecimientos públicos que impliquen importancia a la colectividad, v.gr. Para promocionar un evento académico: “Concurso de ensayos jurídicos Carlos Fernández Sessarego”.
- **Determinados por ley**, v. gr.
 - Cuando la LGS exige que el nombre de uno de los socios de la sociedad colectiva, sociedad en comandita, así como de la sociedad civil ordinaria y la sociedad civil de responsabilidad limitada figure en la razón social (arts. 266, 279 y 296 de la LGS).

- Cuando la LGS permite que un tercero ceda su nombre a una sociedad de la cual no es parte (los que no perteneciendo a la sociedad consienten la inclusión de su nombre en la razón social quedan sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar, art. 9).

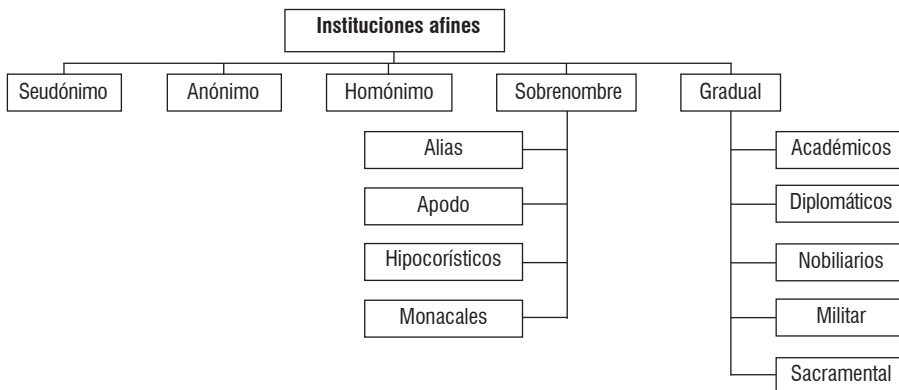
El derecho de uso del nombre implica la exclusividad de su titular, sea de su propio nombre o el de sus antepasados, que en mérito de su memoria ellos tienen el derecho de guardar y proteger.

Hung⁽⁶⁹⁹⁾ cita el ejemplo, tomado de los Mazeaud, que la jurisprudencia francesa impidió a un comerciante denominar a su negocio de cuadros Galería Paul Cézanne, la acción fue ejercida por el nieto del pintor alegando el demandado que el negocio se ubicaba en la calle que llevaba el nombre del pintor; el Tribunal permitió al demandado que designe a su negocio “Galería de la rue Paul Cézanne” obligándolo a usar el mismo tipo de letra para la totalidad de la denominación sin posibilidad de destacar entre ella, el nombre y apellido.

19. INSTITUCIONES AFINES

El nombre puede ser relacionado con diferentes instituciones que le permiten una identidad a la persona.

Entre ellas tenemos:



(699) HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001, pp. 192 y 193.

19.1. Seudónimo

Es el nombre que elegido por la persona le permite identificarse en ciertas actividades ocultando su nombre verdadero. Goza de la misma protección del nombre.

19.2. Homónimo

También es conocido como palabras homófonas. Equivale al tocamiento o colomboño, una suerte de **connombrado** persona que comparte nombre con otro.

Procede del griego *homonimos* relación de semejanza en la manera de escribirse o pronunciarse dos nombres. Significa igualdad de nombres y apellidos de dos o más personas.

Según el Diccionario de la lengua española⁽⁷⁰⁰⁾ dicese de dos o más personas o cosas que llevan un mismo nombre.

El crecimiento poblacional y la explosión demográfica hace más común los homónimos.

Según las normas reglamentarias para los casos de homonimia⁽⁷⁰¹⁾ esta se da “cuando una persona detenido o no, tiene los mismos o similares nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por autoridad competente”.

Los casos de homónimos más comunes, si tenemos en cuenta el universo de inscritos al 15 de noviembre 2005 (16 340 743 población electoral) eran:

REPORTE DE HOMONIMIAS				
Ítem	1er apellido	2do apellido	Prenombre	Total
1	QUISPE	QUISPE	Juan	122
2	MAMANI	MAMANI	Juan	111
3	MAMANI	MAMANI	Juana	110
4	QUISPE	QUISPE	Juana	108
5	QUISPE	QUISPE	María	102
6	MAMANI	MAMANI	Francisco	90

(700) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(701) Ley N° 27411 (DOEP, 27/01/2001), Ley que regula el procedimiento en los casos de homonimia.

7	QUISPE	MAMANI	Juan	84
8	QUISPE	QUISPE	Francisco	81
9	QUISPE	QUISPE	Victor	80
10	QUISPE	QUISPE	Julia	77
11	MAMANI	MAMANI	Rosa	76
12	MAMANI	MAMANI	María	75

El homónimo puede ser:

- **Complejo**, cuando aparte del prenombre se comparten los apellidos
- **Límite**, cuando se comparte nombre, apellidos y fecha de nacimiento.

19.3. Anónimo

Aquella persona sin nombre, conocidos como NN del latín: *Nomen nescio, non nominatus*, desconozco el nombre.

Según el Diccionario de la lengua española⁽⁷⁰²⁾ dicese de la obra o escrito que no lleva el nombre de su autor. El autor no es conocido. Secreto de autor que oculta su nombre. Esto puede ser porque no se le haya pedido su identidad, como en un encuentro ocasional entre extraños o porque la persona no consigue o no quiere revelar su identidad.

Se aplica cuando no conoces o te olvidas el nombre de una persona. En estos casos recurre a términos especiales para referirte a él como son:

- Fulano
- Zutano
- Mengano
- Perencejo
- Perengano

En inglés, *John Doe* y su señora *Jane Doe*, *Pierre-Paul-Jacques*. En Rusia se emplea el sonoro y prototípico nombre *Ivanov Ivan Ivanovich* y en Filipinas, ahora de mayoría angloparlante pero durante tantos años colonia española, prefieren utilizar *Juan* y *Juanita de la Cruz*. En Brasil, en vez de zutano “utilizan alguém cujo nome se desconhece, se pretende omitir, ou não interessa”. En Perú nos referimos a Perico de los Palotes.

(702) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

19.4. Sobrenombre

Es un nombre impuesto por terceros tomando en cuenta una cualidad o particularidad de la persona.

Es una especie de nombre calificativo con el cual se le distingue. Una denominación adicional, particular, distintiva del individuo.

No reemplaza al nombre y carece de protección jurídica.

Rivera⁽⁷⁰³⁾ y Llambías⁽⁷⁰⁴⁾ menciona que existe un caso en que el sobrenombre puede producir efectos legales, es en el supuesto en que con él se identifique de forma indubitable al beneficiario de una manda testamentaria.

19.4.1. Alias

Llamado mote.

Expresión latina que equivale a “otro”. Viene de la frase latina *alia nomine cognitu*, que significa “conocido por otro nombre”.

Es aquella designación por nombre distinto al propio. Si bien no está protegido legalmente tiene relevancia en la identificación de los delinquentes cuando se indican sus generales de ley en una investigación policial (Canebo, Negro bembón, Tripa, Cholo gordo, Loco Perochena), tal como lo indica el Código Procesal Penal⁽⁷⁰⁵⁾.

19.4.2. Apodo

Llamado mote, acrescimo (añadido), *nicknames* o *call's*.

(703) RIVERA, Julio César. Ob. cit., p. 94.

(704) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. Ob. cit., p. 308.

(705) *Nuevo Código Procesal Penal*. “Artículo 88. Desarrollo de la declaración.- 1. La diligencia se inicia requiriendo al imputado declarar respecto a: a) Nombre, apellidos, **sobrenombre** o **apodo**, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive”.

Así también, la *Resolución Directoral 021-2002-MTC-15.16*, Aprueban regulaciones aeronáuticas del Perú sobre Seguridad Aeroportuaria y Programa y Procedimientos de la seguridad de la aviación para aeronaves y la *Directiva General N° 003-2004-IN-PNP*, Aprueban directiva que establece Procedimientos operativos de identificación plena de personas sujetas a intervención o investigación policial.

El Diccionario de la Lengua Española⁽⁷⁰⁶⁾ establece que es el nombre que suele darse a una persona, tomando de sus defectos corporales o de alguna circunstancia.

Es el nombre que terceras personas aplican a un sujeto teniendo en cuenta alguna característica especial del mismo, como los defectos corporales, la manera de ser en sus actividades y otras circunstancias diversas.

19.4.3. Hipocorísticos

Son los diminutivos familiares.

Según el Diccionario de la Lengua Española⁽⁷⁰⁷⁾ hipocorístico viene del gr. ὑποκοριστικός, acariciador. adj. *Gram.* Dicho de un nombre: Que, en forma diminutiva, abreviada o infantil se usa como designación cariñosa, familiar o eufemística.

Es un sobrenombre o apelativo con un motivo cariñoso. No trasciende de las fronteras familiares o amicales. Son usados para suplantar a un nombre real, el cual es deformado mediante apócope, aféresis o diminutivos.

Por ejemplo:

- Eliminación de una o más sílabas y postposición de ‘-i’: Susana por Susi, Antonio por Toni.
- Imitación del lenguaje de los bebés y niños pequeños: Gregorio por Goyo, Rosario por Charo, Antonio por Toño, Enrique por Kike.
- Postposición de un sufijo diminutivo. Juana por Juanita, Antonio por Antoñito, Luis por Luisito, Juan por Juancho.
- Puede formarse duplicando una sílaba del nombre: Diana por Didi, Lourdes por Lulú; recortándose el nombre: Rafa por Rafael, Sole por Soledad.

(706) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

(707) <www.rae.es>, consultado el 27/06/2013.

19.4.4. Nombres monacales

Llamados eclesiásticos, de religión o religiosos, dentro de los que se incluyen los nombres papales, utilizados por los cardenales de la Iglesia católica al ser elevados al trono pontífice⁽⁷⁰⁸⁾.

Los religiosos acostumbran cambiarse de nombre, el nombre claustral.

Es el sobrenombre que se utiliza de acuerdo al rango religioso que se tiene dentro del mandato religioso.

Corresponde a un esquema del seudónimo⁽⁷⁰⁹⁾.

19.5. Gradual

Depende de los grados y situaciones estadales que adquiere una persona.

19.5.1. Grados académicos

Son aquellos grados que otorgan las universidades como bachiller, magíster y doctor.

19.5.2. Grados diplomáticos

El diplomático es quien ejerce la representación de un Estado en las relaciones internacionales y cuenta con escalas en el desarrollo de sus funciones: embajador, cónsul, ministro consejero, secretario, etc.

19.5.3. Títulos nobiliarios

Son elementos jerarquizantes que se impone en determinados Estados.

Consisten en un privilegio legal concedido desde antiguo que distingue a los miembros de la nobleza. Estrictamente, no son derechos de la persona ni forman parte del nombre⁽⁷¹⁰⁾.

Son regulados por el Derecho Nobiliario y Premial.

Según el país pueden ser:

(708) LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. Mc Graw Hill, Mexico, 1994, p. 76.

(709) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 441.

(710) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 198.

Gobernantes

- Emperador
- Rey
- Príncipe

Títulos nobiliarios

- Duque
- Marqués
- Conde
- Vizconde
- Barón
- Señor

19.5.4. Rango militar

Son jerarquías castrenses propias de la organización con disciplina vertical. Suelen acompañar al nombre de la persona al momento de su identificación.

Tratándose de las armas de los oficiales tenemos:

Ejército	Fuerza Aérea	Naval	Policía
- Subteniente	- Alférez	- Alférez de Fragata	- Alférez
- Teniente	- Teniente	- Teniente Segundo	- Teniente
- Capitán	- Capitán	- Teniente Primero	- Capitán
- Mayor	- Mayor	- Capitán de Corbeta	- Mayor
- Teniente coronel	- Comandante	- Capitán de Fragata	- Comandante
- Coronel	- Coronel	- Capitán de Navío	- Coronel
- General de Brigada	- Mayor General	- Contraalmirante	- General
- General de División	- Teniente General	- Vicealmirante	- Teniente General
- General de Ejército	- General del aire	- Almirante	- General




Existe un grado honorífico excepcional que es el de mariscal al que no se llega por ascenso regular sino por méritos destacados de acción personal, lo que significa un reconocimiento del más alto nivel.

19.5.5. Grados de sacramento de la orden sacerdotal

Obispos, presbíteros y diáconos.

19.6. Otros

Desde antes hasta hoy se han presentado otros elementos que identifican a la persona. Entre los cuales tenemos:

<p>Firma</p>	
<p>Sello</p>	<p>.....</p> <p>Enrique Varsi Rospigliosi ABOGADO C.A.L. 16171</p>
<p><i>Email</i></p>	<p>enriquevars@gmail.com</p>
<p>Iniciales</p>	<p>EVR</p>
<p><i>Ex libris</i></p>	
<p>Monogramas</p>	

<p>Escudo de armas</p>	
<p>Acceso a internet, dominios (web, twitter)</p>	<p>www.enriquevarsi.com @enriquevarsi</p>
<p>Lemas, divisas</p>	<p>Antes de morir prefiero la muerte</p>

19.6.1. Firma

Es el “Nombre y apellido, o título, que una persona *escribe de su propia mano* en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido” (cursivas mías), vide. <www.rae.es>. Jurídicamente, se comparte la misma definición; es el nombre de una persona escrito de su propia mano al final de un documento para corroborar su contenido, entre otros⁽⁷¹¹⁾. La firma es la prueba material y firme de la conformidad del contenido que la precede⁽⁷¹²⁾. Es parte de la identidad del sujeto, como el nombre y la imagen; como tal puede solo puede ser utilizada por su sujeto (lo que justifica la firma a ruego, artículo 197, Ley del Notariado, llamada firma **interpósita**). Como acto, la firma es unilateral y personal (ísima), *i.e.* exclusivo del sujeto, propio de él. Implica la legítima forma de aceptar o no consecuencias. Hay dos (2) hechos que la componen, (i) objetivo, la grafía; y, (ii) subjetivo, el estampe; en conjunto expresan voluntad. Ambos dos deben estar presentes a fin de determinar su **autenticidad**, estampado personal del firmante (art. 106 de la Ley de Notariado).

Con estas definiciones y hechos, entendido está que el *scan* de una firma no implica un consentimiento –ni expreso, ni directo, ni tácito– de una parte. En todo caso es un acto de **tomar** [una firma] sin poder acreditarse si se contó con la autorización de quien debió ser el signatario; a contrario sensu, es una forma de hacer mía la voluntad de otro quien no la manifestó conforme a ley (art. 140, CC). Una forma de hacer válida de toma indirecta de la firma es –única, exclusiva y legalmente— a través de

(711) GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la legislación peruana*. Tomo II, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, Lima, 1862, p. 165

(712) CARPIO AGUIRRE, Alfredo. *Derecho notarial*. UNMSM, Lima, 1967, p. 71.

la firma digital. A diferencia de la firma común, la digital es bilateral. Me explico, en caso ser utilizada debe contarse con la aceptación para su uso de ambas partes. Legalmente, la firma escaneada no cuenta con un marco legal, su uso no es debido y puede llevar consecuencias penales (digamos delito contra la fe pública, documento falso –en algunos casos lindar con la estafa–).

Además, de la firma existen otros medios, según la biométrica, para identificar a la persona:

- Iris.
- Imagen.
- Odontograma.
- Huella digital⁽⁷¹³⁾.
- Perfil genético.

20. ACTOS ILÍCITOS

Carrasco⁽⁷¹⁴⁾ hace bien en indicar que no existen ataques específicos que puedan tener al nombre como objeto, en todo caso contra lo que se atenta en contra de la propia imagen, la identidad, diríamos nosotros contra el honor, la honra pero más que atentados contra los derechos de la persona se presentan como enriquecimientos patrimoniales indebidos merced al uso comercial de la identidad (nombre, voz, imagen).

Se presentan los siguientes casos:

- Negación.
- Usurpación.

21. ACTOS LÍCITOS

Podemos hablar de una violación lícita cuando se encuentra justificada por:

(713) DS. N° 017-2012/JUS. Decreto Supremo que establece la obligatoriedad del uso del sistema de verificación biométrica de huellas dactilares en todos los oficios notariales del país (DOEP, 15/12/2012).

(714) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. Ob. cit., p. 115.

- Homonimia legítima.
- Cambio lícito de nombre.
- Restricciones a la elección del nombre.

El nombre si bien es un derecho, debieran existir delimitaciones, parámetros y restricciones que establezcan cuáles y cuántos nombres podemos llevar y cuáles y cuántos apellidos nos corresponden.

22. DERECHO COMPARADO

Dice Pliner⁽⁷¹⁵⁾ que si bien el nombre de las personas es un hecho tan antiguo como el lenguaje o la civilización, su tratamiento normativo es parte de la historia contemporánea, la legislación permaneció extraña a la evolución de este fenómeno social. El más remoto precepto jurídico es el Edicto de Ambroise, dado por Enrique II el 26 de marzo de 1555, quien lo expidió en razón que sus súbditos cambiaban sus nombres, libre e irrestrictamente, por lo que se propuso frenar estos abusos y prohibió toda modificación de nombres o armas, salvo autorización real.

Es tratado por los códigos francés, alemán y suizo.

23. BASE LEGAL

- Constitución: artículo 2
 - Inciso 1 nos dice que la persona tiene derecho entre otros, a la identidad.
- Código Civil:
 - Artículo 19, “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.
- Registro Nacional de Identificación, Ley Orgánica N° 26497, Decreto Supremo N° 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones en el Reniec.
- Reglamento del Código de Ejecución Penal⁽⁷¹⁶⁾

(715) PLINER, Adolfo. Ob. cit., pp. 25 y 26.

(716) DS. N° 015-2002-JUS (DOEP, 11/09/2003).

- Artículo 4.- “Nombre del interno. El interno debe ser llamado por su nombre”.
- Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
 - Artículo 136, inciso e, “No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del nombre, apellido, firma, título, hipocorístico, seudónimo, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos”.
- Código Penal
 - Artículo 196.- “Estafa. El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardido u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años”.
 - Artículo 438.- “Falsedad genérica. El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.
 - Artículo 452.- “Faltas contra la tranquilidad pública. Será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa: (...) 5. El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interroga por razón de su cargo”.
- En el ámbito internacional, el derecho al nombre se encuentra reconocido en el artículo 7, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el artículo 24, inciso 2 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos.

24. SEUDÓNIMO

24.1. Antecedentes

Los egipcios y los romanos usaban seudónimos, siendo recurridos por escritores, actores.

En la Edad Media se produce un uso y abuso llegando al extremo que en algunas personas jamás se supo de nombre, solo se conoció con su seudónimo⁽⁷¹⁷⁾.

24.2. Etimología

Proviene del griego *pseudo*, falso y *onoma*, nombre, “falso nombre”.

24.3. Concepto

El seudónimo no es nombre como tal pero cumple sus veces.

El nombre identifica de manera general, el seudónimo de forma específica.

Vocablo que designa legalmente a una persona en una determinada área de sus actividades, sustituyendo a su nombre real o verdadero (nombre anagráfico).

Es un simple sucedáneo del nombre adoptado libre y espontáneamente por su creador⁽⁷¹⁸⁾.

Entre los más importantes:

Seudónimo	Nombre real
Lenin	Vladimir Ilich Uliánov
Molière	Juan Poquelin
Cicerón	Marco Tulio
Voltaire	François Marie Arouet
Pablo Neruda	Ricardo Eliécer Neftalí Reyes Basoalto

(717) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 142.

(718) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Ob. cit., p. 309.

Tirso de Molina	Gabriel Téllez
Gabriela Mistral	Lucila de María del Perpetuo Socorro Godoy Alcapayaga
Freddie Mercury	Farrokh Bomi Bulsara
Teresa de Calcuta	Agner Gonxha Bonjaxhiu
Gandhi	Mohandas Karamchand
Stalin	Iósif Visariónovich Dzhugashvili
Celia Cruz	Úrsula Hilaria Celia de la Caridad Cruz Alfonso de la Santísima Trinidad

No son seudónimos: Aclara Hung⁽⁷¹⁹⁾ no debe confundirse el seudónimo con aquellos casos que abundan en las artes en la que el artista simplemente elimina parte de su nombre: Tiziano, Miguel Ángel, Pablo Picasso; ni con los sobrenombres o calificativos existentes en la pintura: Tintoretto (Jacopo Robusti), Caravaggio (Michelangelo Merisi), el Greco (Doménikos Theotokópoulos).

24.4. Denominación

Al seudónimo se le conoce de múltiples formas:

- Nombre falso.
- Nombre de arte.
- Nombre postizo.
- Nombre artístico.
- Nombre paralelo.
- Nombre artificial.
- Nombre ocultante.
- Nombre de guerra.

En la Fuerza Aérea los pilotos usan el *indicativo de combate* y, para ciertas operaciones, las *denominaciones de planes especiales*.

24.5. Definición

Jean Carbonier plantea que el seudónimo es “un nombre falso que el individuo se impone a sí mismo y que viene a ser de uso frecuentemente entre escritores y artistas”. Para Rivera “es la designación que el sujeto voluntariamente se da a sí mismo, con la intención de dar realce a su

(719) HUNG VAILLANT, Francisco. Ob. cit., p. 204.

personalidad, que sustituye parcial o íntegramente al nombre civil, cumpliendo su función individualizadora”⁽⁷²⁰⁾.

En nuestro medio Torres Maldonado sostiene que “el seudónimo está referido a la designación que un sujeto de derecho bajo el régimen del principio de autonomía privada de la libertad y voluntariamente, se atribuye a sí misma, con la intención de encubrir su verdadera personalidad jurídica o el de otorgarle suntuosidad en el ejercicio de una actividad especial”⁽⁷²¹⁾.

Es la designación nomínica que voluntariamente asume una persona para realizar ciertas actividades sustituyendo, parcial o totalmente, su nombre al cumplir una función individualizadora de forma plena.

24.6. Características

Entre sus principales características tenemos:

- Función identificadora

Cuando la persona es conocida por el seudónimo, tanto o más que su propio nombre, decimos que el seudónimo logra cumplir su función identificadora.

- Elegido por la propia persona

El origen del seudónimo es la voluntad del individuo.

Este se decide unilateralmente y con independencia de todos los factores –estado civil, de familia y de tradición– emplearlo sucesivamente en una parte de sus actividades que desarrolla conforme a su proyecto de vida.

- Libertad en su estructura

La libre voluntad de la persona en la estructura y composición del seudónimo es una de sus principales características.

- No es un atributo de la persona

Fernández Sessarego sostiene que el seudónimo “no se confunde con el nombre en tanto no es un atributo de la persona. Carece de la

(720) RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Ob. cit., p.105.

(721) TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El seudónimo: Replanteamiento doctrinal y legislativo”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 131 Normas Legales, enero de 2012, p. 233.

connotación del orden público inherente al nombre. De ahí que la persona puede libremente abandonarlo, cambiarlo, modificarlo, cederlo. Por no ser único, como es el caso del nombre, la persona puede tener más de un seudónimo, todos los que podrán gozar de tutela jurídica si con ellos la persona consigue fama, es decir, si el seudónimo deviene importante en lo que concierne a la individualización de la persona”⁽⁷²²⁾.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha vinculado el derecho a la identidad con el seudónimo asumiéndolo como atributo de la personalidad, exponiendo lo siguiente: “Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”⁽⁷²³⁾, el marco constitucional reconoce al seudónimo como un atributo de la personalidad perteneciente al derecho a la identidad.

- No se transmite vía filiación

A diferencia del nombre, en concreto los apellidos, el seudónimo no se trasmite vía filiación, no se hereda. Es independiente de ella, es la voluntad la que lo determina.

- Puedo tener varios seudónimos

A diferencia del nombre que es único, no puede tener más de uno, en el caso del seudónimo esta regla se rompe puedo tener uno o más –simultánea o consecutivamente–, dependiendo de las actividades a las que me dedico y respecto de las cuales quiero proteger mi nombre.

Esta característica admite que el seudónimo sea mutable, variable, cambio a simple decisión y antojo de su titular.

(722) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 216.

(723) STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, Lima, abril de 2006.

Se dice que Voltaire utilizó 160 seudónimos, mientras que Benjamín Franklin 57.

- Se le aplican las mismas medidas de protección del nombre.

Esto nos lleva a reconocer que seudónimo es un derecho y un deber. Tengo una facultad de llevarlo pero además el compromiso de un uso correcto.

Respecto a la protección jurídica del seudónimo, al tener la misma trascendencia del nombre, goza de su protección jurídica. Siendo un derecho de identificación le corresponden las mismas acciones de protección al nombre.

- Además de ello, el seudónimo puede ser cedido.

Adquiere importancia y notoriedad por el uso

El uso y constante realización determina que el seudónimo adquiera trascendencia en el medio en el cual se usa. Conforme la persona crece el seudónimo de la misma acrece, se dimensiona con ella.

Es la característica esencial, el uso marca su trascendencia, fama e importancia.

Con el seudónimo puedo celebrar ciertos actos jurídicos. Ferrero⁽⁷²⁴⁾ cita el caso de testamento ológrafo, en lugar del nombre usar el seudónimo para identificarse, siempre que no exista duda se trata de la persona.

- Da realce en el ejercicio de una actividad especial

Puede ser teatral, deportiva, artística, literaria, cinematográfica.

Es elegido para cierta actividad dado que el nombre, por diversas cuestiones, no puede utilizarse, siendo reservado, casos en los cuales el seudónimo pasa a ocupar su lugar en materia de identificación.

En el aspecto literario vemos un importante uso, el seudónimo se presenta como un hecho activo o positivo (nombre de mentira) a diferencia

(724) FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de Sucesiones*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 397.

del anónimo que implica la omisión, supresión de un nombre sin reemplazarlo (silencio)⁽⁷²⁵⁾.

- Oculta y protege al nombre.

De allí que se le denomine nombre postizo, artificial. Resguarda la identidad natural y crea una nueva, la identidad impuesta. El seudónimo se usa en ciertas actividades frente a las cuales no quiero exponer mi nombre verdadero.

- Es propio de la persona natural.

No lo goza el concebido ni la persona jurídica.

- Limitaciones.

En la vida privada su uso es irrestricto.

En la vida pública su uso está restringido, debe usarse el nombre real aquel que consta en el documento de identidad.

24.7. Tipos

Dada la variada actividad del hombre el seudónimo puede tener la siguiente tipología:

- Nombre literario.
- Nombre artístico.
- Nombre claustral.
- Nombre de guerra.
- Nombre de réclame.
- Nombre monacal o monástico.

24.8. Naturaleza jurídica

- **Derecho extrapatrimonial**

No es apreciable económicamente pero se presenta como un derecho de la persona el poder adjudicárselo, haciendo uso propiamente de él.

Toda persona tiene el derecho a tener y usar un seudónimo.

(725) RIVERA, Julio César. Ob. cit., p. 92.

- **Derecho de propiedad**

Se puede disponer de él, registrarse⁽⁷²⁶⁾.

Es un derecho intelectual, una creación ideal para individualizar a la persona.

Su naturaleza se asemeja a los signos distintivos de la propiedad intelectual.

24.9. Fundamento

Podemos citar claramente varias posiciones:

- Sustituye al nombre.
- Facilita la notoriedad.

Según Borda⁽⁷²⁷⁾ las razones por las que toma el seudónimo son:

- Ocultar la personalidad o para darle realce.
- Cortar vínculos con el pasado y emprender una nueva vida.
- Para emplear un nombre elegante o eufónico que resulte más atrayente.

24.10. Composición

El seudónimo puede estar compuesto de uno o de dos vocablos o bien puede tener similar estructura del nombre: prenombre y apellidos.

No existe una restricción al respecto, aparentar o no ser un nombre completo pero, dentro de todo ello, no puede ser contrario al orden público y las buenas costumbres debiendo ser adecuado y cumplir a cabalidad su función individualizadora.

El seudónimo puede constituirse por:

- Prenombre.
- Solo un apellido.
- Prenombre y apellido.

(726) *Ibidem*, pp. 95 y 96.

(727) BORDA, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 355.

- Denominación de imaginación o fantasía.

24.11. Titulares

Es propio de la persona natural.

No el concebido ni la persona jurídica, en todo caso en esta último lo más semejante sería el nombre comercial.

24.12. Instituciones afines

24.12.1. Heterónimo

Viene de la raíz griega, “con otro nombre”.

Es el *alter ego*, el otro yo de un autor.

Es un nombre creado para dar vida a mi otro yo (otro de mí mismo). Personalidades independientes y autónomas que viven fuera de su autor con una biografía y criterios propios. Autores ficticios o seudo autor que también son personajes que utilizan los autores reales para crear obras (obra paralela)

- Fernando Pessoa – Ricardo Reis
- Antonio Machado – Juan de Mairena

No deben ser confundidos con el seudónimo.

- Seudónimo: Pablo Neruda es Neftalí Reyes, son el mismo
- Heterónimo: Ricardo Reis y Fernando Pessoa⁽⁷²⁸⁾, son bastante distintos entre sí.

Así también tenemos otras instituciones que se deslizan con el seudónimo:

Orónimo	Nombre propio de la persona que crea heterónimos Fernando Pessoa
Epónimo	Nombre que adopta algo ya denominado América - Américo Vespucio Daltonismo - John Dalton Pasteurización - Louis Pasteur

(728) El aspecto más interesante y aún no completamente interpretado de la obra de Fernando Pessoa es el fenómeno de la heteronimia. Se ha mencionado reiteradamente que Pessoa consideraba la necesidad de comunicar algún tipo de verdad mediante sus heterónimos.

24.13. Base legal

- Constitución:
 - Artículo 2, inciso 1: “Toda persona tiene derecho (...) A la identidad (...)”.
- Código Civil:
 - Artículo 32.- “El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a este”.
- Ley del artista intérprete y ejecutante, l- 28131:
 - Artículo 12.- “Atributos. Son derechos morales del artista intérprete y ejecutante: a. Derecho de Paternidad: Reclamar el reconocimiento de su nombre, nombre artístico y/o seudónimo, y reivindicar sus interpretaciones o ejecuciones”.
- D.S. N° 058-2004-PCM, Reglamento de la ley del artista intérprete y ejecutante:
 - Artículo 5.- “Del nombre artístico. Precisase que, cuando la Ley establece que los nombres real y artístico del artista deben ser consignados en el contrato de trabajo, no debe entenderse que el artista está obligado a tener un nombre artístico, por lo que este solo será consignado en caso que el artista lo tenga”.
- Decreto de Urgencia N° 049-2001, 16/4/2001, establece compensación económica de 5 MM de dólares a quien proporcione información veraz que permita la ubicación y captura de Vladimiro Lenin Montesinos Torres. En el artículo 4 de este Decreto de Urgencia se permite el uso del seudónimo al informante o informantes, que den razón del perseguido. A quienes, a la recepción de la información se les asignará un código secreto que permita su posterior identificación para efecto del otorgamiento de la compensación económica. En este caso, el uso del seudónimo es con fines de protección de la persona al tratarse de la información que proporciona, tiene como finalidad encubrir la verdadera personalidad, además, como es obvio de individualizarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis, Bogotá, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRENES CÓRDOVA, Alberto. *Tratado de las personas*. Vol. I, Juriscentro, San José de Costa Rica, 1986.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Usurpación de nombre. Antes y después de la Ley N° 27720”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 155, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011.
- CARPIO AGUIRRE, Alfredo. *Derecho notarial*. UNMSM, Lima, 1967.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derecho de las personas y medios de conservación de la garantía individual*. Gaviota del Sur, Sucre, 2010.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- CÓRDOBA, Marcos M. y DE LA PUENTE, Vanesa G. “La preeminencia del apellido paterno respecto del materno contraría normas de jerarquía constitucional”. En: *DFyP 2013* (setiembre), 04/09/2013. <www.laleyonline.com>, 20/11/2013. Cita Online: AR/DOC/3071/2013.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, São Paulo, Saraiva, 2002.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*. Porrúa, México, 1994.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de derecho de sucesiones*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, São Paulo, Saraiva, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la legislación peruana*. Tomo II, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, Lima, 1862.
- GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Ábaco, Buenos Aires, 1983.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. Mc Graw Hill, México, 1994.

- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, Lima, enero de 1991.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo 1, 21ª, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- LUCES GIL, Francisco. *El nombre civil de las personas en el ordenamiento jurídico español*. Bosch, Barcelona, 1977.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, Tomo III - Pessoas. 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.
- NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003.
- NUZZO, Mario. (Voz) "Nome". En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961.
- PALACIOS LEÓN, Nélida. "Prueba del nombre". En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Astrea, Buenos Aires, 1977.

- ROJINAS VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I, Porrúa, 1987.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El seudónimo: Replanteamiento doctrinal y legislativo”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 131. Normas Legales, Lima, enero de 2012.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, Colombia, 2000.
- VELOSO, Zeno. “Marido quer usar sobrenome da mulher”. En: *Revista IBDFAM*, N° 5, noviembre de 2013.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H. “El apellido se adquiere por la filiación”. En: *DFyP*, 2010.

SUBCAPÍTULO OCTAVO

DERECHO AL DOMICILIO

1

TEORÍA GENERAL DEL DOMICILIO

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Antecedentes históricos. 2.1. Derecho Romano. 2.2. Edad Media. 2.3. Edad Moderna. 3. Etimología. 4. Concepto. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Derecho. 8.2. Atributo. 8.3. Deber. 8.4. Como acto o hecho jurídico. 8.5. Relación jurídica. 8.6. Carga. 9. Clases. 10. Fundamento. 11. Formas de adquisición del domicilio. 12. Cambio de domicilio. 12.1. Oponibilidad del cambio de domicilio. 13. Titulares. 14. Principios fundamentales del domicilio. 15. Instituciones afines. 15.1. Vivienda. 15.1.1. Hotel. 15.1.2. Hospedaje. 15.1.3. Asilo. 15.2. Residencia. 15.3. Casa. 15.3.1. Casa conyugal. 15.3.2. Casa habitación. 15.3.2.1. Habitación. 15.4. Hogar. 15.4.1. Hogar conyugal. 15.5. Domicilio conyugal. 15.6. Dirección. 15.6.1. Paradero. 15.6.2. Sede. 15.7. Otros. 15.7.1. Finca. 15.7.2. Predio. 15.7.3. Edificio. 16. Actos lícitos contrarios. 17. Actos ilícitos contrarios. 18. Base legal..

2

DOMICILIO GENERAL

1. Domicilio real. 1.1. Concepto. 1.2. Denominación. 1.3. Definición. 1.4. Determinación. 1.4.1. Teoría subjetiva. 1.4.2. Teoría objetiva. 1.5. Unicidad de domicilio-residencia. 2. Domicilio legal. 2.1. Concepto. 2.2. Denominación. 2.3. Definición. 2.4. Clases. 2.4.1. Domicilio accidental.

3

DOMICILIO ESPECIAL

1. Concepto. 2. Denominación. 3. Definición. 4. Naturaleza jurídica. 4.1. Domicilio. 4.2. Acto jurídico. 5. Clases. 5.1. Domicilio procesal. 5.2. Domicilio fiscal. 5.3. Domicilio negocial. 5.4. Domicilio virtual.

TEORÍA GENERAL DEL DOMICILIO

1. GENERALIDADES

Todo tiene un lugar.

La ubicación es la forma que tenemos para asignar, hallar y situar.

Todo tiene un sitio en el espacio, un *locus* geográfico. Toda sujeto, cosa, bien, objeto es ubicable a través de un domicilio.

El sitio que ocupa habitualmente el sujeto es relevante para el Derecho. El sujeto lleva a cabo sus actos en un lugar determinado. Dicho lugar es donde legalmente se considera establecida a una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

El domicilio es considerado como parte integrante del derecho a la identidad, uno de los atributos o elementos que permiten al sujeto ser distinguido de entre los demás a través de una ubicación en el contorno territorial.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. Derecho Romano

Las cuestiones relativas al domicilio surgen cuando el hombre, en busca de una vida más sedentaria, cesa su peregrinar y opta por establecerse con los suyos en una zona determinada de manera permanente⁽⁷²⁹⁾.

(729) SALGADO, Juan. "Contribución al estudio del domicilium en el Derecho Romano". En: *Revista de Derecho Privado*. 1980.

Consecuencia de ello se identificaba al domicilio con el hecho material de la habitación.

Posteriormente, las conceptualizaciones romanas consagrarían la necesidad esencial de establecer jurídicamente un espacio del territorio, en donde pueda reputarse a la persona, aunque temporalmente no se halle en él. Como indica Vieira: “El domicilio era entonces, el vínculo que ligaba a un individuo con el territorio de una ciudad y, las diferentes definiciones de los textos romanos, con leves variantes, exigían la existencia de dos elementos: la residencia, elegida libremente por la persona y la intención de permanecer en ella. Ambos se distinguían por las expresiones *facto* y *animus*. Estos elementos debían coexistir simultáneamente, ya que la falta de uno impedía la constitución del domicilio”⁽⁷³⁰⁾.

En Roma, el domicilio era voluntario (elegido) o necesario (impuesto). Además, con base en el axioma *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summan constituit* –es donde el individuo vive y establece sus cosas con el ánimo de permanecer, se diferenció:

Lar, Casa

Negocio, Trabajo o comercio

Además, se distinguió del *origo* cuya naturaleza era honorífica⁽⁷³¹⁾ y consistía en el vínculo legal de dependencia entre la persona y la ciudad que permitía determinar el lugar para cumplir con las obligaciones impuestas por la ley. El ciudadano poseía el *origo* por tres mecanismos: adquirido por nacimiento, adopción o aceptación de la ciudad.

2.2. Edad Media

Los glosadores reconstruyen la teoría romana acerca del domicilio.

Se avoca en el hecho de la residencia (*habitatio*) romana conformada por:

Animus manendi, ánimo de permanecer. Estar.

(730) VIEIRA, Manuel Adolfo. *El domicilio en el Derecho Privado internacional*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1958, p. 42.

(731) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*. Tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 402.

Animus revertendi, ánimo de retornar. Regresar.

En este tiempo, se establecen las primeras leyes respecto al domicilio y residencia.

2.3. Edad Moderna

La situación del domicilio moderno tiene su hito con la Revolución Francesa.

El *Code* manifestó que: “El domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es en el lugar en donde tiene su establecimiento principal”, artículo 102.

Así también, el *Código* diferencia:

Domicilio, lugar en el que la persona ha establecido la sede principal de sus negocios o intereses; estableciéndolo como un concepto jurídico, y;

Residencia, como el lugar donde el sujeto de derecho tiene su morada habitual, *dimora abituale* o el centro de sus ocupaciones; estableciéndolo como una situación de hecho.

3. ETIMOLOGÍA

Del latín *domicilium*, proveniente de la voz griega *domus*, casa u hogar.

De ahí que domicilio se descomponga en *domus colere*, habitar en una casa.

4. CONCEPTO

Es un concepto espacial.

La Real Academia Española ofrece tres acepciones: 1. Morada fija y permanente. 2. Lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, 3. Casa en que uno habita o se hospeda.

Es el acto de **estar** en cierto lugar. La ubicación jurídica en un lugar del espacio o territorio. Es aquello que circunscribe físicamente al sujeto.

Es el punto o centro espacial e imputación jurídica (León Barandiarán), la localización (Carbonier), sede jurídica (Pontes Miranda, Aguilar,

Hung), referencia espacial (Lôbo), centro territorial (Orgaz), punto de conexión (Lete del Río, Da Mota), asiento jurídico (Fernández Sessarego), dato técnico (Espinoza), círculo territorial (Lastra), sede jurídica del sujeto (Degni), lugar geométrico del patrimonio (Montuschi). En definitiva, es el lugar específico que ocupa el sujeto de derecho, precisando la unidad geográfica donde está ubicado.

La complejidad de las relaciones humanas que integran el Derecho, exigen que estos estén presentes en un determinado lugar, de antemano conocido, a fin de que puedan ejercerse normalmente las relaciones jurídicas⁽⁷³²⁾. Las distintas situaciones legales que ocupa el ser humano requieren de un centro o espacio de permanencia. El concepto de domicilio implica una imposición de la buena organización y establecimiento social, comprende la necesidad de **ubicar y hallar** a las personas que integran la sociedad.

Según Forchielli⁽⁷³³⁾ el domicilio de la persona física es su principal establecimiento, su morada estable, el lugar que tiene establecido como la sede principal de sus asuntos, negocios e intereses. Lôbo⁽⁷³⁴⁾ considera que el domicilio simboliza la inserción de una persona en determinada comunidad. Para Cifuentes⁽⁷³⁵⁾ el domicilio se identifica con la personalidad espacial del sujeto. Según Valencia Zea⁽⁷³⁶⁾ es el lugar donde se concentran preponderantemente las relaciones de orden jurídico de las personas. De igual manera, para Puig Peña⁽⁷³⁷⁾ es el lugar o círculo territorial donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones y constituye la sede jurídica y legal de la persona.

En nuestro medio, Fernández Sessarego considera que “la persona, en su vida de relación jurídica, necesita ser ubicada en un lugar del espacio. El domicilio es el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio

(732) MONTEIRO: Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte general, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 157.

(733) FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004, p. 847.

(734) LÔBO, Paulo: *Direito Civil - Parte general*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 130.

(735) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil: Parte General*. 4ª edición, Astrea. Buenos Aires, 1999, p. 148.

(736) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 340.

(737) PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*. Tomo IV, Editorial Nauta. Barcelona, 1966, p. 246.

donde se le encuentra para imputarle posiciones jurídicas, para atribuirle derechos o deberes”⁽⁷³⁸⁾. Según criterio de Corvetto⁽⁷³⁹⁾ es el complemento de la personalidad. Espinoza Espinoza⁽⁷⁴⁰⁾ manifiesta que el domicilio puede ser entendido en un aspecto material, como la residencia habitual y, en un aspecto formal, como un dato técnico determinado por ley en el cual se fija la ubicación de los sujetos de derecho, a efectos de la imputación de derechos y deberes.

En su actuar cotidiano, el sujeto de derecho se enfrenta a la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas; por ello, es necesario ubicarlo en un determinado lugar, para allí atribuirle derechos o exigirle el cumplimiento de obligaciones. Esa ubicación facilita las situaciones jurídicas y es parte integral de la convivencia ordenada que regula el Derecho, permite las relaciones en paz y una seguridad jurídica. Como dice Díez-Picazo y Gullón⁽⁷⁴¹⁾, sin el elemento del domicilio las relaciones jurídicas serían especialmente precarias.

El domicilio se refiere a la localización que le confiere derecho al sujeto en un determinado lugar donde se le reputará presente para efectos legales. Como derecho es una prerrogativa técnica o derecho de anclaje del sujeto en la sociedad. Es el centro de su actividad en el mundo jurídico.

Desde el ámbito de protección de los derechos constitucionales, se sostiene que este vocablo debe amparar el recinto, la vivienda donde se desarrolla la vida privada, sea esta móvil, inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental (casa, camper, tráiler, habitación de un hotel, camarote de un barco, incluso el auto, etc.).

El concepto de domicilio de acuerdo con las leyes actuales es nuevo respecto a la noción histórica tradicional, noción que sustancialmente termina por identificar al domicilio con la situación de hecho que hoy, sin embargo, para nuestro Derecho positivo, responde al concepto de residencia⁽⁷⁴²⁾.

(738) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Decimo primera edición, Grijley, Lima, 2009, p. 144.

(739) CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo I, Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945, p. 63.

(740) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición. Grijley, Lima, 2012, p. 848.

(741) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos. Madrid, 1980, p. 286.

(742) FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XIII, Giuffrè

5. DENOMINACIÓN

Dentro de las denominaciones que usualmente se utilizan para referenciar al domicilio tenemos derecho a la localización, derecho a ser situado, ubicado, hallado.

Además, al término domicilio se le ha vinculado a las expresiones:

- Sede
- Morada
- Paradero
- Dirección
- Habitación

Asimismo, se le conoce como casa o vivienda, *ut vulgum dicitur*.

Domicilio y hogar han sido utilizados como sinónimos. El primero, es un dato en concreto; el segundo, parte de la vida afectiva de la persona. A través del domicilio, **el estarse**, la persona encuentra soporte de la vida afectiva, **el realizarse**; constituye el refugio del sujeto, su estar y trascendencia.

6. DEFINICIÓN

Para Jossierand es el lugar que el Derecho considera como centro de las relaciones de una persona; por lo cual el domicilio no es un mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica⁽⁷⁴³⁾. Pontes de Miranda⁽⁷⁴⁴⁾ nos dice que el domicilio es el espacio en que una persona ejerce sus actos de vida de relación, como centro de su actividad en el mundo jurídico. Según Alessandri, el domicilio precisa el lugar en que el individuo es considerado siempre presente, aunque momentáneamente no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones⁽⁷⁴⁵⁾. La

Editore, Milano, 1958-2004, p. 847.

(743) ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Traducción de la 39 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. Librería Bosch, Barcelona. 1934, p. 304.

(744) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 310.

(745) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Tomo I. 7^{ma}

idea de Hung es que el domicilio “es un lugar que es determinado en virtud de la situación de la persona con respecto a una específica ubicación geográfica”⁽⁷⁴⁶⁾. El Proyecto de Código Civil de Puerto Rico, en su artículo 34, nos dice que: “Es la entidad política y geográfica en la que tienen establecida, legal o voluntariamente, su sede jurídica para todos los efectos de ley, independientemente de su origen nacional”⁽⁷⁴⁷⁾.

El domicilio es un elemento que contribuye a la individualización del sujeto de derecho a llevar a cabo sus derechos y cumplir sus obligaciones mediante su ubicación un determinado lugar del espacio.

Podemos referenciar al domicilio con el siguiente juego de palabras:

Yo hallo a ella allí

7. CARACTERÍSTICAS

El derecho al domicilio tiene como principales características las siguientes:

- **Innato**

Surge con el ser humano desde el momento de su nacimiento, incluso desde la concepción.

- **Personalísimo y patrimonial**

Es propio de la persona y puede ser plasmado económicamente. Desde ya algunos Códigos se refieren al domicilio como establecimiento económico (Francia) o sede de negocios (Italia).

- **Destino de las comunicaciones**

El domicilio sirve para que en él se reciban las citaciones, comunicaciones, requerimientos, noticias y notificaciones.

- **Necesidad social**

Responde al buen orden social que las personas puedan ser ubicadas⁽⁷⁴⁸⁾.

edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 444.

(746) HUNG VALLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001, p. 214.

(747) PUERTO RICO. ASAMBLEA LEGISLATIVA. Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico. Borrador para discusión.

(748) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley,

El domicilio implica contar con una ubicación. Ser identificado y hallado, se impone en razón de una buena organización social. Toda aquel que se relaciona o vincula con otro no puede depender de su hallazgo o localización en cada momento para el cumplimiento de las obligaciones pactadas⁽⁷⁴⁹⁾. Una sociedad organizada, sustentada en un Estado Democrático, requiere que sus ciudadanos estén y sean ubicados.

Es una necesidad que impone el Derecho⁽⁷⁵⁰⁾.

- **Fundado**

Se desprende del derecho a la identidad. El domicilio es uno de los elementos que permite individualizar a la persona. Ya dice Breccia: “Un medio ulterior de individualización de la persona física es el de la identificación de los lugares donde se desenvuelve su vida personal o familiar o ambas, y se concentran sus actividades”⁽⁷⁵¹⁾.

- **Fijeza y mutabilidad**

La estabilidad del domicilio lo marca su singularidad. Salvo que se trate del domicilio legal, los demás tipos de domicilios pueden variarse o cambiarse. Basta comprobarse la residencia habitual en un lugar distinto del anterior para que se determine el nuevo.

- **Indisponible**

No puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito. Se encuentra fuera del comercio de los hombres.

- **Pluridimensional**

Es posible hablar de domicilio general, especial, virtual, conyugal, procesal, fiscal, contractual, entre otros.

Buenos Aires, 2008, p. 362.

(749) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 456.

(750) GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 195.

(751) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil: Normas, sujetos y relación jurídica*. Tomo I. Vol. 1. Ed. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 173.

- **Pluralidad**

Al ser el domicilio el centro principal de los asuntos del sujeto se deriva, de manera evidente e incontrovertible, y dado los actuales tiempos, se admite la pluralidad de domicilios.

- **Objetivo y verificable**

La determinación del domicilio se da a partir de direcciones físicas con los nombres de calles, avenidas, urbanizaciones, ciudades, números, etc. Esto evita el **domicilio aparente**⁽⁷⁵²⁾ que es cuando la propia persona crea o contribuye a crear (con o sin fraude) una apariencia falsa de que su domicilio se encuentra en cierto lugar, debiendo responder por los daños que esto ocasione.

- **Irrenunciable**

No se puede renunciar al domicilio como derecho, lo que se puede hacer es designar un domicilio especial para la realización de ciertos actos o para el ejercicio de un derecho (art. 12, Código Bolivia)⁽⁷⁵³⁾.

8. NATURALEZA JURÍDICA

Las distintas teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho al domicilio pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

8.1. Derecho

El domicilio es un derecho de la persona.

A partir de este lugar el sujeto de derecho celebra actos jurídicos y lleva a cabo sus relaciones jurídicas. Es una facultad de la persona escoger y constituir a un lugar como su domicilio.

8.2. Atributo

Permite a la persona ser diferenciada, identificada, ubicada, siendo la sede en la que se imputan consecuencias jurídicas, así lo consideran Cifuentes, Borda, Llambías, Orgaz, Rivera y Salvat.

(752) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 193.

(753) CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derecho de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Talleres gráficos Gaviota del Sur, Sucre, Bolivia, 2010, p. 91.

8.3. Deber

Todo sujeto debe tener un domicilio.

Fernández Sessarego claramente argumenta que: “Ninguna persona puede ser teóricamente un indomiciliado. Su calidad de sujeto de derecho exige de una sede jurídica para la imputación de derechos y obligaciones”⁽⁷⁵⁴⁾. El domicilio sigue a la persona, no se puede concebir la existencia de persona sin domicilio⁽⁷⁵⁵⁾. Somos seres domiciliados con base en el principio de necesidad del domicilio. De arranque todos tenemos un domicilio de origen (establecido donde nacemos). Como dice León Barandiarán⁽⁷⁵⁶⁾, una persona sin domicilio es una anomalía jurídica, como es el caso del apátrida (sin patria) o apoloide (sin ciudad).

La ubicación del individuo es fundamental a fin de otorgarle derechos y exigir el cumplimiento de sus obligaciones. Esto se refleja generalmente en que los ordenamientos jurídicos cuentan con mecanismos jurídicos suficientes que permiten constituir domicilio a los sujetos de derecho y que no se dé la situación jurídica de indomiciliados.

8.4. Como acto o hecho jurídico

El domicilio es un acto jurídico stricto sensu si es voluntario o, es un hecho jurídico si es necesario⁽⁷⁵⁷⁾ (léase legal).

8.5. Relación jurídica

El domicilio es una relación jurídica entre una persona y un lugar, necesaria para la sana convivencia y esencial para la cautela del Estado, Zacharie y Aubry-Rau.

8.6. Carga

Esta teoría considera que el domicilio implica una restricción al libre ejercicio de los derechos y los bienes jurídicos, básicamente restringe

(754) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*, 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 232.

(755) OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961, p. 227.

(756) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, enero 1991, Lima, p. 164.

(757) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, pp. 315 y 316.

el derecho a la libertad y al libre tránsito, limitando el estar del sujeto en un lugar.

9. CLASES

Los tipos de domicilio pueden ser determinados a partir de varios criterios:

Según los actos jurídicos	Domicilio general	
	Domicilio especial	Procesal
		Fiscal
Según la naturaleza del lugar	Domicilio físico	
	Domicilio virtual	
Según la forma de determinación	Domicilio real	
	Domicilio legal	
Según la posibilidad de constitución de uno o más	Domicilio único	
	Domicilio plural	

Además, tenemos:

- Domicilio único

Llamada unidad de domicilio.

Es una teoría clásica. El sujeto cuenta únicamente con un domicilio para su ubicación en el espacio.

Este reside, habitual y únicamente, en un solo lugar, perdiéndose dicha habitualidad si la residencia se da simultáneamente en más de un sitio. No puede residirse en dos o más lugares, ello significaría la ausencia de habitualidad.

Este domicilio es la regla:

Artículo 33.- “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”.

- Domicilio plural

Llamada multiplicidad de domicilio, domicilio alternativo o múltiple.

Es la teoría moderna. El sujeto puede contar con más de un domicilio para su ubicación en el espacio. Los domicilios especiales son plurales.

Se pueda tener más de uno ya que se encuentran referidos a diversos actos jurídicos.

Ante la existencia de pluralidad de domicilio, la norma asume que la persona se encuentra domiciliada en cualquiera de ellos.

Artículo 35.- “A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos”.

Esta norma adopta una posición mixta, *i.e.* conjuntamente la tesis de unidad y pluralidad de domicilio.

Para Fernández Sessarego⁽⁷⁵⁸⁾ en el Perú el domicilio es único y no plural; en efecto, se muestra contrario a este tipo de domicilio indicando, en relación al domicilio único y al plural, que no cabe tener dos hábitos contrapuestos en un mismo asunto o actividad, es decir no se puede residir habitualmente en dos o más lugares ya que ello significaría ausencia de habitualidad⁽⁷⁵⁹⁾.

Consideramos que solo a modo de excepción se aplica el segundo.

Por su parte Aguilar Gorronдона⁽⁷⁶⁰⁾ clasifica al domicilio de la siguiente manera:

Por sus efectos	Domicilio general Domicilio especial
Por su determinación	Domicilio voluntario Domicilio legal

Nuestro Código ofrece el siguiente tratamiento:

Artículo 33.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.	Domicilio único
Artículo 34.- Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto.	Domicilio especial

(758) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Domicilio, residencia o morada”. En: *La Ley*. Año 3, N° 33, del 1 al 31 de agosto de 2010, p. 6.

(759) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 220.

(760) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 183 y ss.

Artículo 35.- A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.	Domicilio plural
Artículo 36.- El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron. Artículo 37.- Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales. Artículo 38.- 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. Artículo 41.- A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.	Domicilio legal

Para fines prácticos dividiremos al domicilio en dos clases:

- Domicilio general.
- Domicilio especial.

10. FUNDAMENTO

El domicilio sirvió como criterio o punto de conexión para aplicar el ámbito de aplicación personal de las leyes. Con la aparición de nacionalidad y la vecindad (s. XIX) la importancia del domicilio disminuyó⁽⁷⁶¹⁾.

El domicilio es importante, tanto así que la ley supone que todo sujeto goza de un domicilio; a quien no lo tiene se le considera domiciliado en el lugar donde se encuentre (art.41). Es tratado por el Derecho Civil y tiene especial importancia en el Derecho Público⁽⁷⁶²⁾ (administrativo, constitucional, procesal y tributario).

Dice Orgaz⁽⁷⁶³⁾ que la ley, por necesidades de la vida práctica, debe concretar en un lugar determinado el conjunto de relaciones jurídicas de cada persona de forma que el Estado, y particulares puedan con facilidad situarla cuando sea necesario. Por sus efectos, el domicilio se identifica con la vida jurídica del sujeto, personalizándola y dándole la condición

(761) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 135. Así también, lo dice, en lo referente a su actual trascendencia PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 124.

(762) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 266.

(763) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961, p. 220.

de presencia, “puesto que responde a un aspecto de su modo de ser en el Derecho en función de la relación jurídica”⁽⁷⁶⁴⁾.

Según Aubry y Rau⁽⁷⁶⁵⁾, la noción de domicilio es una imposición de la buena organización social porque esta necesita “ubicar” a las personas que integran la convivencia general, a fin de poder exigir de ellas el comportamiento adecuado. Con este fin se relaciona necesariamente a toda persona con un lugar en el cual se le reputa presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Se presenta como un derecho que se relaciona con la intimidad (hogar) y con la identidad (identificación). Conjuntamente con el nombre y otras menciones de identidad⁽⁷⁶⁶⁾ (filiación, edad, estado civil, títulos, profesiones u oficio, nacionalidad, número de pasaporte) permite individualizar al sujeto, cumpliendo una función eminentemente identificadora del sujeto de derecho en una relación jurídica⁽⁷⁶⁷⁾.

Sirve para:

- Exigir
- Ubicar
- Otorgar
- Atribuir
- Designar

La ubicación en el espacio, en un lugar, es un elemento importante para hallar e identificar al sujeto y para que este lleve a cabo sus derechos y cumpla sus obligaciones.

Es indispensable la tutela del sujeto a través del domicilio.

En el Derecho Civil, consta de un alcance medular en lo concerniente a las instituciones de la desaparición, ausencia y declaración de muerte

(764) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho civil. Parte General*. 4ª edición 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 147.

(765) AUBRY, C y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. Tomo I. Imprimeurs Éditeurs, París, 1871, p. 575.

(766) LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. McGraw-Hill, México, 1994, p. 80.

(767) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 136.

presunta; asimismo, es fundamental a fin de fijar el lugar de cumplimiento de una prestación, tema que corresponde al derecho de las obligaciones.

En el Derecho Procesal, es importante para la determinación de la competencia territorial.

Así tenemos que el domicilio:

- Individualiza al sujeto.
- Lugar de emplazamiento.
- Determina la ley aplicable.
- Competencia jurisdiccional.
- Destino de las notificaciones.
- Presunción legal de presencia.
- Donde llegan las comunicaciones.
- Efectivizar las relaciones jurídicas.
 - Conferir derechos
 - Exigir obligaciones
- Centraliza las medidas de publicidad.
- Presupuesto de la desaparición y ausencia.

Presunción de presencia. Desde ya, a decir de Da Mota⁽⁷⁶⁸⁾, existe una presunción de presencia de la persona en su domicilio⁽⁷⁶⁹⁾ con lo cual se impide escapatorias. Basta que llegue la comunicación a su domicilio para que, inmediatamente, se le tenga conocida por la persona. En el mismo sentido, una notificación hecha a la persona en su ausencia, si la recibe su servidor, se considerará hecha a la misma persona. “Si no existiera una regla parecida, el ejercicio de los derechos sería muy difícil e incierto, si no, imposible”⁽⁷⁷⁰⁾, como refiere Corvetto.

(768) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 262

(769) Orgaz está en contra de esta presunción, es falsa e innecesaria; la ley no necesita presumir algo que no le hace ninguna falta. vide. ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, p. 222, nota 5 *in fine*.

(770) CORVETTO VARGAS, Anibal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo I, Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945, p. 63.

11. FORMAS DE ADQUISICIÓN DEL DOMICILIO

La doctrina romanista exigía para la adquisición del domicilio dos elementos:

- Material, el hecho de habitar, *Corpus*;
- Espiritual, la intención, *Animus*:
 - *Animus perpetuo commorandi*, establecerse de modo definitivo y permanente en un lugar, *animus perpetue habitanti*, y;
 - *Animus revertendi*, regresar al mismo; el domiciliado anhela regresar al lugar de su domicilio: en sus épocas de descanso o cuando ya no existan razones para estar ausente.

En la actualidad, en nuestro país, el domicilio se adquiere a través de distintas formas que están ligadas al criterio objetivo, las cuales son:

- **Por residencia habitual**

Al habitar continuamente en un determinado lugar. No de forma accidental, ocasional o anormal, no por tiempos cortos, tampoco significa un domicilio *ad perpetuitatem*.

- Por la ejecución de actos jurídicos específicos.

Cuando se designa un domicilio para un caso en concreto.

- Por residencia alternativa o tener ocupaciones habituales en distintos lugares.

Aplicable a las personas que realizan ocupaciones habituales en distintos lugares, se le considera domiciliadas en cualquiera de ellos.

- Por el matrimonio.

Los cónyuges adquieren el domicilio que comparten, el que eligieron ambos dos.

- Por incapacidad.

Los incapaces adquieren el domicilio de sus representantes; si estos adquieren un nuevo domicilio, el incapaz también lo hará.

- **Por el ejercicio de funciones públicas**

Los funcionarios públicos adquirirán el domicilio del lugar donde ejercen sus funciones.

- **Por ley**

Es establecido por la propia ley.

12. CAMBIO DE DOMICILIO

Respecto del cambio de domicilio es suficiente el hecho de trasladar la residencia habitual de la persona de un lugar a otro. Se aplica el puro criterio objetivo.

Lo determinante para que se produzca un cambio, es el hecho perceptible de residir habitualmente en lugar diferente al anterior.

Nuestro Código indica en su artículo 39 que:

“El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia principal o, en su caso, de la actividad principal a otro lugar”.

Para comprobar y validar el cambio de domicilio basta confrontar en la realidad de los hechos que la persona se ha mudado a otro lugar. No interesa la intencionalidad o ánimo, ni tampoco comunicación alguna a entidad estatal. Basta comprobar objetivamente el desplazamiento del sujeto a otro espacio.

12.1. Oponibilidad del cambio de domicilio

El domicilio es mutable.

Existe libertad en el cambio. Nadie puede impedir que me cambie de domicilio ni, tampoco, que mantenga el que tengo. Toda cláusula que limite la libre elección es nula⁽⁷⁷¹⁾. Tengo derecho a elegir mi residencia (art. 2, inc. 11, Constitución), derecho a la domiciliación.

Sin embargo, a decir de Llambías, en el caso del domicilio de elección o especial es, “en principio, inmutable, porque siendo una cláusula de un contrato, participa de la estabilidad de todo el régimen del contrato

(771) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 149.

que no puede alterarse unilateralmente por uno de los contratantes, todo cambio ha de ser consentido por la voluntad de ambos contratantes⁽⁷⁷²⁾.

El cambio de domicilio no puede afectar a terceros. Cuando se trata de relaciones contractuales, la parte que varía de domicilio debe informarlo a su contraparte, tomando en cuenta que en el contrato celebrado se designó uno, que es donde deberá exigirse el cumplimiento de las prestaciones. No es aceptable, ni puede ampararse como un derecho, que el deudor niegue el cumplimiento de su prestación, o se oponga a la resolución de un contrato, alegando que no ha recibido comunicación de su acreedor en su nuevo domicilio, máxime si este cambio no lo puso en conocimiento mediante comunicación indubitable.

Esta es la regla que se encuentra contemplada en el Código:

Artículo 40.- “El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiera lugar.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a este el cambio de su domicilio.

La oportunidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable”.

El cambio de domicilio debe comunicarse de manera indubitable al acreedor, indicándose expresamente que se cambia el domicilio al lugar que se designe⁽⁷⁷³⁾. El deudor solo puede oponer a su acreedor el cambio de su domicilio, si es que lo hace a través de una comunicación que no genere duda alguna de su contenido en cuanto a dicha variación⁽⁷⁷⁴⁾. El domicilio contractual no puede variarse sino con la concurrencia de dos requisitos: carta notarial y dentro de la misma ciudad⁽⁷⁷⁵⁾.

Ahora bien, el artículo 40 no es una norma de orden público, puede pactarse la forma de comunicación del cambio de domicilio, así se ha definido en un caso judicial:

(772) LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte general*. Tomo I, 16ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 613.

(773) Cas. N° 820-2001.

(774) Cas. N° 45-2003, Lima, 02/12/2002.

(775) Exp. N° 98-49505, 20/06/2000. vide: *Actualidad Jurídica*. N° 150, Gaceta Jurídica, Lima, p. 73.

“Los contratos son ley entre las partes, toda vez que son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes. En ese sentido la carta simple que comunica el cambio de domicilio no es oponible a la otra parte en atención a la previsión contractual, por cuyo pacto no es aplicable el artículo 40 del Código Civil. La carta simple que comunica el cambio de domicilio no es oponible a la ejecutante en atención a la previsión contractual, por cuyo pacto no es aplicable el artículo 40 del Código Civil”⁽⁷⁷⁶⁾.

13. TITULARES

El domicilio como instituto le corresponde por igual a todo sujeto de derecho:

- Concebido.
- Persona natural.
- Persona jurídica.
- Ente no personificado.

14. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DOMICILIO

El domicilio sienta sus bases en principios, los que varían según las distintas posiciones doctrinales.

Según Pontes de Miranda⁽⁷⁷⁷⁾

- Todo sujeto cuenta con domicilio, incluso el vagabundo (principio de necesidad del domicilio). No hay ser humano sin domicilio; si no se sabe cuál es o si la persona ha muerto, se considera como su domicilio el último que ocupó (principio de conservación del domicilio).
- Se admite la pluralidad de domicilios.
- Libertad en la elección del domicilio, aunque no se trata de una elección arbitraria⁽⁷⁷⁸⁾.

(776) Exp. N° 40-2002, 18/03/2002. vide. *Actualidad Jurídica*. N° 150, Gaceta Jurídica, Lima, p. 73.

(777) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Derecho Privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999, p. 319 y ss.

(778) *Ibidem*, p. 335 y ss.

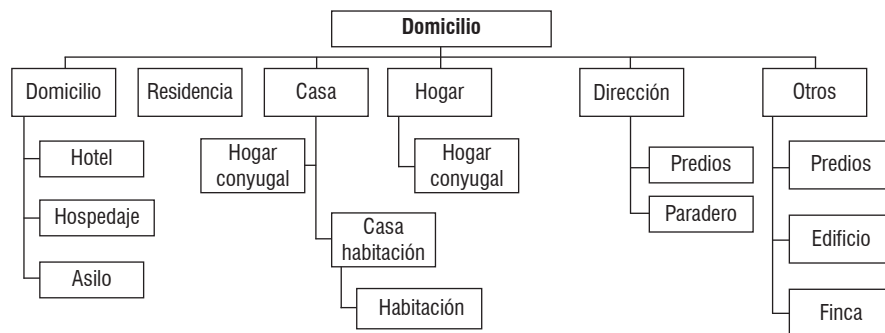
- El Derecho Público y el Privado deben tener un similar tratamiento del domicilio.

Según Tobías⁽⁷⁷⁹⁾.

- Principio de necesidad, nadie carece de domicilio. Al Estado le interesa que todos lo tengan, por tratarse de una imposición fundada en razones de interés social.
- Principio de unidad, nadie puede tener más de un domicilio (Suiza, Venezuela, México y el Derecho anglosajón). Existen sistemas, como el nuestro, que permite la multiplicidad de domicilios (Alemania, Austria, Chile, Ecuador, Grecia, Uruguay).

15. INSTITUCIONES AFINES

El domicilio puede ser relacionado con diferentes instituciones que le permiten ubicar a la persona. Entre ellos tenemos:



15.1. Vivienda

Es la composición material que establece la persona y que constituye la parte objetiva del domicilio.

La Real Academia Española nos dice (Del lat. *vivenda*, t. f. de *-dus*, part. fut. pas. de *vivire*, vivir). 1. f. Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas.

(779) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 461 y ss.

Base legal: 499-2.

15.1.1. Hotel

La Real Academia Española nos dice (Del fr. *hôtel*). 1. m. Establecimiento de hostelería capaz de alojar con comodidad a huéspedes o viajeros.

Es la posada o el albergue, establecimiento hotelero. Lugar donde se hospedan o albergan personas.

Base legal: 1713.

15.1.2. Hospedaje

Es el lugar donde se alojan las personas durante un corto tiempo por motivos de viaje.

Es de carácter temporal. Se constituye como el lugar donde la persona se halla por breve tiempo (vacaciones, negocio o en desempeño de una comisión profesional).

Es tratado por el Código como un contrato: “Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares”, artículo 1713.

Base legal: 1713 y ss.

15.1.3. Asilo

Del lat. *asylum*, y este del gr. *ἄσυλον*, sitio inviolable.

La Real Academia Española ofrece dos acepciones 1. m. Lugar privilegiado de refugio para los perseguidos.

Base legal: 570.

15.2. Residencia

Es el acto de **vivir** en cierto lugar, residir. Es una relación de hecho.

Llamada morada, es el lugar donde se mora, se vive habitualmente. Donde se llevan a cabo las principales actividades de vida: duermo, como, me aseo, tengo mi ropa de muda, mis objetos personales más valiosos

(arts. 499-3, 1027). Es donde la persona vive normalmente, donde acostumbra a regresar, luego de ausencia más cortas o largas⁽⁷⁸⁰⁾.

La residencia es una expresión común. Alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Implica habitualidad en el estar.

La residencia es siempre una noción concreta, que a su vez se diferencia de la habitación en que aquí desaparece el aspecto transitorio u ocasional. La residencia implica la idea de algo estabilizado, la permanencia física de una persona en un lugar determinado, en forma permanente o habitual, lo que no significa que siempre, en todo momento, deba estar allí⁽⁷⁸¹⁾.

De acuerdo a lo señalado por Ochoa⁽⁷⁸²⁾ la residencia es el lugar donde habita efectivamente una persona física; el lugar donde ella se aloja. Habitar, alojarse son elementos característicos de la residencia y postulan que este tiene cierta estabilidad. La residencia de una persona es el lugar donde esta se encuentra de manera duradera. No es residencia los lugares de paso o de estadía efímera, accidental, ocasional: el cuarto de hotel, el hospedaje donde amigos no son residencia. Fuera de estos casos, la residencia se define por el solo hecho de una habitación relativamente duradera, y por ello se diferencia del domicilio en el sentido que no es necesario preguntarse, para reconocerla, si ella corresponda al domicilio principal sino, solamente, basarse sobre la constatación de la presencia relativamente estable, de una instalación real suficientemente duradera”.

Diferencia entre domicilio y residencia

- Domicilio, es un concepto jurídico, predeterminado por la ley, por medio del cual se presume que la persona está presente en cierto lugar para efectos jurídicos, y;
- Residencia, es una situación de hecho, el lugar donde el sujeto habita o tiene el centro de sus ocupaciones.

(780) DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005, p. 262.

(781) DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte general*. 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 125.

(782) OCHOA G, Oscar E. *Derecho Civil I - Personas*. 1ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 271.

Monteiro⁽⁷⁸³⁾ nos presenta una fórmula para traducir la idea de cada institución:

Domicilio = Residencia (<i>quit facti</i>) + cualificación legal (<i>quid iuris</i>)
--

En tal sentido, el domicilio es el centro al cual se refieren los mayores efectos jurídicos. Sirve de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos civiles; asimismo, el domicilio es lugar normal del cumplimiento de las obligaciones y también del ejercicio de los derechos políticos o civiles. En tanto que el domicilio es permanente, la residencia es temporal; por otra parte, el domicilio se impone por la ley a determinadas personas; en cambio, la residencia no es impuesta por ley⁽⁷⁸⁴⁾.

Diferencia entre domicilio, residencia y habitación

Una familia vive en Buenos Aires y veranea en Córdoba. Su domicilio es la capital y su residencia la provincia. En verano, viajando en automóvil a Córdoba, deciden pernoctar en Venado Tuerto, este será su habitación⁽⁷⁸⁵⁾.

15.3. Casa

Es la edificación.

Es la composición material que establece la persona y que constituye la parte objetiva del domicilio.

Base legal: 323, 870, 1027, 127.

15.3.1. Casa conyugal

Lugar donde habitan los cónyuges.

Base legal: 291, 333-5, 397.

15.3.2. Casa habitación

Lugar donde vive la persona.

(783) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Vol. 1: Parte General. 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003, pp.157 y 158.

(784) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Traducción de Santiago, Ejea, Buenos Aires, 1954, pp. 134 y 135.

(785) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 363.

Base legal: 489-1, 731, 732, 1698.

15.3.2.1. Habitación

Lugar destinado a la vivienda momentánea. En su término restringido es el dormitorio.

Base legal: 332, 472, 731, 732, 761, 1027, 1028, 1029, 1685, 1715, 1719.

15.4. Hogar

Del latín *focāris*, adj. der. de *focus*, fuego.

La Real Academia Española ofrece dos acepciones: 1. m. Sitio donde se hace la lumbre en las cocinas, chimeneas, hornos de fundición, etc. 2. m. Casa o domicilio.

El hogar constituye la parte afectiva de la persona frente a su residencia.

Designa al lugar donde un individuo o grupo habita; crea en ellos sensación de seguridad, calma y bienestar consigo mismo; la que se proyecta en el desarrollo de su proyecto de vida, puede coincidir con el espacio físico de la residencia, como puede no hacerlo.

Base legal: 234, 290 a 294-3, 300, 305, 307, 314, 320, 321.

15.4.1. Hogar conyugal

Donde la pareja trasciende y convive: lugar en el que mora con las uniones familiares.

Base legal: 731.

15.5. Domicilio conyugal

Es el lugar fijado de común acuerdo por la pareja para establecerse.

Se determina:

- De común acuerdo o, en su defecto,
- Por el último que compartieron, denominado domicilio prevalente (cuando prevalece el último domicilio conocido de una persona, por no conocerse uno nuevo), es el principio de subsistencia del último domicilio y opera como una forma de determinación indirecta.

Si los cónyuges viven en la casa de los padres de uno de ellos, dicho lugar será el domicilio conyugal, en razón que no hay prohibición legal para que bajo un mismo techo habiten más de una familia y fine en el mismo su domicilio conyugal⁽⁷⁸⁶⁾.

Base legal: 36, 289, 290, 2082.

15.6. Dirección

La ubicación precisa del domicilio real. Es el dato geográfico determinado con exactitud (incluye la calle, número, distrito, departamento y provincia).

Es un dato técnico que puede variar. Mudo de domicilio por tanto de dirección. Es un anexo a esta.

Dos interrogantes:

- ¿Puede haber domicilio sin dirección?

Si, el caso de las personas sin domicilio propiamente dicho (aquel que vive en los parques, debajo del puente).

- ¿Puede haber dirección sin que exista domicilio?

Si, una casa deshabitada cuenta con una dirección pero sin un domicilio, nadie la habita.

La dirección es al inmueble y el domicilio al sujeto.

Base legal: 1374.

15.6.1. Paradero

Es el lugar o sitio donde una persona se encuentra.

Desconocer el paradero de la persona, no saber dónde está.

Base legal: 47.

15.6.2. Sede

Del lat. *sedes*, silla, asiento.

(786) Cas. N° 2862-99-Cajamarca, publicada el 04/07/2000.

Lugar donde tiene su domicilio una persona jurídica.

Base legal: 109 y 110.

15.7. Otros

15.7.1. Finca

Es el inmueble, normalmente de origen rústico o rural. Unidad agrícola o ganadera.

Base legal: 1599-7.

15.7.2. Predio

Del lat. *praedĭum*.

Es el concepto amplio de inmueble.

Base legal: 316-4, 2058-1.

15.7.3. Edificio

Del lat. *aedificĭum*, edificar

Es la construcción, con materiales resistentes y adecuados, que tiene diversos usos (habitación, almacén).

Es el lugar. La composición material que establece la persona y que constituye la parte objetiva del domicilio.

Base legal: 310, 1025.

16. ACTOS LÍCITOS CONTRARIOS

Los ordenamientos jurídicos establecen los criterios para imputar domicilio a un sujeto de derecho. Podemos decir, entonces, que no cualquier lugar que deseemos puede ser nuestro domicilio, jurídicamente hablando, sino aquel que corresponda según los criterios de imputación legales.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho garantizado por la Constitución. El único acto que no es delito, pero que atenta contra ese derecho, es el allanamiento legal. El domicilio puede ser allanado de manera legal, cuando el orden público, el mandato legal o judicial lo permite, en aras de la protección y tutela de un derecho o interés que se revaloriza frente a dicho allanamiento de domicilio.

17. ACTOS ILÍCITOS CONTRARIOS

Son actos ilícitos contrarios al ordenamiento jurídico los siguientes:

- Violación de domicilio, contenido en el artículo 159 del Código Penal.
- Allanamiento ilegal de domicilio, contenido en el artículo 160 del Código Penal.

La inviolabilidad de domicilio es un derecho constitucional, tal cual se constata en el inciso 9 del art. 2, del que podemos notar que una parte del contenido de este derecho que entra en contacto con el derecho a la intimidad. La Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado expresa en su art. 2 que: “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”.

18. BASE LEGAL

- **Constitución Política del Perú:**
 - Art. 2, inciso 2: “Toda persona tiene derecho (...) A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.
 - Art. 2, inciso 11: A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.
- **Código Civil:**
 - Artículos 47, 49, 82, 85, 92, 248, 250, 251, 518, 597, 606-5, 663, 714, 719, 830, 1238, 1239, 1252, 1553, 1558, 1596, 1660, 1681-2, 2028, 2029, 2033, 2029, 2033, 2040, 2042, 2068, 2069, 2070, 2071, 2075, 2077, 2078, 2080, 2081, 2087, 2100, 2101.

Todo ordenamiento legal reconoce el derecho al domicilio positivamente a través de instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Sin embargo, donde se le reconoce un papel protagónico es en la Convención Interamericana sobre domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, suscrito en Montevideo el 8 de mayo de 1979 por los miembros de la OEA.

2

DOMICILIO GENERAL

Es en el que se ubica a la persona para el común de las relaciones jurídicas. No puede haber sujeto sin domicilio general, pero sí quien carezca de domicilio especial⁽⁷⁸⁷⁾.

1. DOMICILIO REAL

1.1. Concepto

Es el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona. Comprende el contexto espacial común del sujeto.

Es donde vive, está y se le encuentra normalmente.

El sistema jurídico protege la libertad del titular para escoger su domicilio. Es voluntario y de libre elección, prima la escogencia como un derecho.

1.2. Denominación

Llamado ordinario, auténtico, común, verdadero, de hecho, voluntario - *domicilium voluntarium*, elegido - *domicilio élu*, material o físico, domicilio de adquisición.

1.3. Definición

Es el lugar donde el sujeto de forma voluntaria tiene establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios.

(787) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005, p.148.

El domicilio general voluntario es la figura nuclear⁽⁷⁸⁸⁾ dentro de la institución del domicilio.

1.4. Determinación

La determinación del domicilio encuentra legitimidad en los siguientes criterios:

1.4.1. Teoría subjetiva

Es el elemento espiritual, psicológico.

El domicilio se determina tomando en cuenta el ánimo de residir en un lugar.

Lo que prima es el *animus*, voluntad, deseo, intención de ser hallado en cierto lugar.

- *Animus manendi* o *animus conmorandi*, voluntad de permanecer; *animus domicilii*.

Es la teoría tradicional y proviene del Derecho Romano.

Estuvo consagrada en el Código del 36 (art. 19) y en el Código del 52 (art. 45).

Código Civil del 36	Código Civil del 52
Artículo 19. El domicilio se constituye por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él.	Artículo 45. Constituyese el domicilio, por la habitación en un lugar con ánimo de permanecer en él.

Tiene rezagos en el Código del 84 en el domicilio conyugal aquel que los cónyuges fijan de consuno, de común acuerdo, art.36.

Se fijan dos criterios:

- **Animus real**

Es la voluntad clara, expresa e indubitable de constituir el domicilio en un lugar.

(788) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português, I - Parte general*, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 408.

- **Animus presunto**

Es la voluntad supuesta, asumida por la conducta de las partes. V. gr. el último domicilio permite deducir que los cónyuges tuvieron la intención de constituir allí su domicilio.

1.4.2. Teoría objetiva

Es el elemento material.

Lo que prima es el **estar**. *Habitatio*.

Es la teoría moderna.

El domicilio se determina en el lugar donde se le encuentra al sujeto; “el lugar de su residencia efectiva y estable de la persona: donde se halla el **centro de su propia existencia** y en el que se concretan sus relaciones jurídicas”⁽⁷⁸⁹⁾.

Es la que consagra el Código del 84.

Lo ideal es que el aspecto objetivo y subjetivo coexistan para la imputación de domicilio; sin embargo, no siempre es así, pues cada uno de estos elementos es tomado como criterio para las teorías que a partir de las que se imputará el domicilio.

1.5. Unicidad de domicilio-residencia

El domicilio está constituido por la residencia habitual del sujeto en un lugar. Es el lugar donde realiza la mayoría de los actos cotidianos y principales actos jurídicos. Implica cotidianeidad en la ubicación de la persona en un lugar.

Este se encuentra en el artículo 33 del Código que establece:

“El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”.

El **estar** del domicilio y el **vivir** de la residencia deben coincidir.

La diferencia entre el domicilio y residencia implica la consecuencia relevante que la persona física no puede ser desprovista de él, en tanto

(789) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 476.

que toda persona tiene siempre un lugar, por más simple y rudimental que sean, de sus propios asuntos e intereses. La residencia es un concepto estático, sustancialmente fundamentado en la morada del sujeto en un lugar cierto⁽⁷⁹⁰⁾.

2. DOMICILIO LEGAL

2.1. Concepto

Es el establecido y determinado por la ley.

Tiene como finalidad brindar seguridad jurídica a las relaciones humanas. Reemplaza y prevalece sobre el domicilio real.

El domicilio legal implica un dato técnico que proviene del elemento formal normativo, *i.e.* lo prescribe la ley⁽⁷⁹¹⁾.

Debe ser tratado como mera presunción que podría desvirtuarse con el hecho de que la residencia habitual no coincide con los datos legalmente establecidos⁽⁷⁹²⁾.

2.2. Denominación

Llamado forzoso, impuesto, necesario - *domicilium necessarium*, obligatorio, derivado, de derecho.

2.3. Definición

Para Tobías “es el que la ley atribuye a la persona cuando concurren determinados elementos de hecho que no son el asiento principal de residencia”⁽⁷⁹³⁾. Es el domicilio que la ley considera como sede de la persona con independencia que resida habitualmente en otro.

Se establece por ley y supone una restricción a la libertad de elección de residencia.

(790) FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004, p. 847.

(791) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 217.

(792) LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 269.

(793) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 466.

2.4. Clases

Encontramos casos de domicilios legales:

El domicilio conyugal, artículo 36.

El domicilio de los incapaces, artículo 37.

El domicilio de los funcionarios públicos, artículo 38.

2.4.1. Domicilio accidental

Llamado domicilio supletivo⁽⁷⁹⁴⁾.

Es el caso de las personas que no tienen una casa donde estar, personas carentes de domicilio conocido. Están aquí, por allá y acullá, sin paradero fijo ni establecido. Ya Celso (Libro I, 2, Digesto) decía: *nam hunc puto sine domicilio esse*, algo así como es difícil que una persona no tenga un domicilio en alguna parte.

El artículo 41 del Código Civil expone que:

A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.

Esta norma responde a una necesidad: ubicar y situar al sujeto en un lugar.

Su finalidad es resguardar el vacío frente a quien no tiene domicilio. Vacío este que no solo dejaría fuera de las relaciones sociales al sujeto sino que implicaría una desventaja frente a los demás.

Como plantea Rubio Correa “es el caso de quien no tiene residencia, no tiene ‘casa’, por eso en algunas legislaciones se le ha venido en llamar el domicilio del transeúnte, y de manera extensiva el domicilio accidental. Se debe por lo demás a un fenómeno bastante común en las grandes ciudades de los países subdesarrollados y que comienza a serlo también en los países más avanzados. Esa persona que duerme en un parque, en una calle, en una estación de ómnibus y en una estación de subterráneo en los países donde existe. Esta persona no tiene residencia habitual y se la considera domiciliada en el lugar donde se encuentre”⁽⁷⁹⁵⁾.

(794) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1998, p. 224.

(795) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. 2ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1995, p. 144.

Este domicilio se aplica a los:

- Vagos⁽⁷⁹⁶⁾.
- Gitanos.
- Errantes.
- Nómades.
- Bohemios.
- Mochileros.
- Errabundos.
- Vagabundos.
- Transeúntes.
- Ambulantes.
- Trotamundos.
- Trashumantes.
- Trabajadores circenses.
- Quienes ocupan viviendas o locales desabitados sin el consentimiento de su propietario.

Se trata de un domicilio presumido por la ley; es una ficción legal que estima como si el individuo tuviese domicilio⁽⁷⁹⁷⁾. Orgaz⁽⁷⁹⁸⁾ discrepa sosteniendo que no hay ficción si la propia ley está fijando el domicilio. En esta línea, Borda⁽⁷⁹⁹⁾ alega que el equívoco de considerar ficticio al domicilio está en su etimo (*domus*, casa donde vivo) pero debe tenerse en cuenta que el significado jurídico no siempre es el mismo que el etimológico.

(796) “Artículo 1.- Vago es todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, ni otro medio legítimo ni conocido de subsistencia, o, fingiendo tenerlos, carece de casa habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a distinta persona, vive de la tolerancia, complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de esta última”. “Artículo 2.- La carencia de domicilio fijo y propio, es presunción de vagancia, aun cuando no concurran todas o algunas de las circunstancias en el artículo anterior”. L. 4891, Sobre vagancia. Derogada por la L. 24506.

(797) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, Lima, enero de 1991, p. 170.

(798) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Ed. Assandri, Córdova, 1961, pp. 221 y 222.

(799) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 367.

gico, en todo caso, Orgaz⁽⁸⁰⁰⁾ *dixit*, los conceptos jurídicos no se rigen exclusivamente por la etimología.

La solución que ofrece la norma responde a un requerimiento social: todos deben contar con un domicilio. No existen los indomiciliados, ni personas Mostrencas.

(800) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ob. cit., p. 222, nota 4 *in fine*.

DOMICILIO ESPECIAL

Es en el que se ubica a la persona para las relaciones jurídicas específicas. Depende de la decisión y capacidad del sujeto establecerlo.

1. CONCEPTO

Tiene un ámbito circunscripto y proyecta su eficacia solo respecto de los supuestos para los cuales ha sido instituido. Es elegido con una declaración expresa y cumple los mismos efectos del domicilio general. Como tal no cuenta con el elemento objetivo, basta la declaración del sujeto⁽⁸⁰¹⁾.

Llambías⁽⁸⁰²⁾ desarrolla puntos de comparación, completados por nosotros, entre este domicilio general y el especial:

Domicilio general	Domicilio especial
No es necesario	Si es necesario
Puede ser múltiple	Es forzosamente único
Como atributo inherente a la persona es imprescriptible e inalienable	Tiene trascendencia solo para los actos asignado
Termina con la persona	Puede perdurar, así el domicilio convencional se transmite a los herederos o al cesionario

(801) FORCHIELLI, Paolo. (voz) "Domicilio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 849.

(802) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte general*. Tomo I. Ob. cit., p. 604.

2. DENOMINACIÓN

Llamado convencional, electivo, *electio domicilii* o domicilio de elección, particular.

3. DEFINICIÓN

Para Tobías “es el que produce efecto limitados a una o varias relaciones jurídicas, a diferencia del general que abarca en sus efectos a todas las no efectuadas”⁽⁸⁰³⁾. Cifuentes, “es el que se establece para una o más relaciones jurídicas particulares y determinadas, a fin de que ellas tengan su sede jurídica en un lugar elegido”⁽⁸⁰⁴⁾. Es el domicilio indicado, referido y debidamente establecido solo para ciertos actos, produciendo efectos limitados a dichas relaciones jurídicas.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Se discute en doctrina si se trata de un domicilio o un acto jurídico.

4.1. Domicilio

Es una clase de domicilio establecido de forma unilateral o común acuerdo entre las partes.

4.2. Acto jurídico

La decisión del sujeto o el acuerdo entre las partes le resta trascendencia a la institución del domicilio y lo transforma, más bien, en un acto jurídico con efectos en la ubicación de la persona.

Como dice Lasarte⁽⁸⁰⁵⁾, de la utilización del término **domicilio** es una licencia lingüística en razón de que no hay consideración alguna del lugar de la residencia habitual, sino una mera utilización instrumental de un lugar determinado como espacio físico de imputación de una concreta actividad jurídica; el llamado domicilio electivo no es un verdadero

(803) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte General*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 481.

(804) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil: Parte General*. 4ª edición. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1999, p. 156.

(805) LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 269.

domicilio. Aguilar Gorrondona⁽⁸⁰⁶⁾ dice que es una derogación convencional para ciertos actos o asuntos de las normas legales relativas a la competencia judicial.

5. CLASES

Entre los principales domicilios especiales tenemos:

5.1. Domicilio procesal

Llamado *ad litem* o constituido.

El domicilio procesal “es el que corresponde a todo litigante que ha de constituir un domicilio para los efectos del juicio (notificaciones, emplazamientos, intimaciones de pago, etc.). En general, toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal”⁽⁸⁰⁷⁾. Es uno de los domicilios especiales típicos, uno de los más importantes, aquel que la parte que interviene en un proceso escoge para los fines de allí ser notificado⁽⁸⁰⁸⁾.

Aquel que fija las partes en un proceso para el desarrollo de actos procesales (notificaciones, emplazamientos, intimaciones de pago, etc.) frente a la autoridad competente. Es distinto al domicilio real.

El inciso 2 del artículo 424 del Código Procesal Civil establece como requerimiento de admisibilidad de la demanda que se fije en: “la dirección domiciliaria y el domicilio procesal del demandante”. Es aquel que dentro de determinado perímetro establecido por Ley, deben constituir las partes o sus representantes, en la primera intervención en el proceso, a fin de que en él se practiquen todas las notificaciones⁽⁸⁰⁹⁾.

La relevancia del domicilio en el proceso se encuentra en los artículos del 14 al 27 del Código Procesal Civil, estableciendo su prioridad para determinar la competencia del juez.

(806) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 195.

(807) ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 352.

(808) FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004, p. 849.

(809) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 351.

5.2. Domicilio fiscal

Llamado domicilio tributario.

Es el lugar establecido dentro del territorio nacional para efectos tributarios.

Se genera como consecuencia de que el sujeto está obligado a inscribirse ante la administración tributaria y, además, debe señalar, expresamente, un domicilio procesal en cada uno de los procedimientos regulados por la legislación tributaria.

Así pues, el artículo 11 del Código Tributario señala que: “El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario”.

5.3. Domicilio negocial

Llamado comercial, social o contractual.

Es el domicilio fijado de común acuerdo por las partes contratantes y que produce efectos para el cumplimiento de las obligaciones específicas, permitiendo determinar la competencia judicial referente a las mismas en caso exista algún incumplimiento en la prestación.

Este domicilio es el que figura en la introducción de la escritura (minuta)⁽⁸¹⁰⁾. Es en este domicilio donde debe comunicarse todos los actos del decurso contractual. Así, habiéndose incumplido con notificar la resolución del contrato en el domicilio señalado en el contrato, donde se tendrían por hechas las comunicaciones y notificaciones que de él se originen, no se produce la resolución y los ocupantes del inmueble no serían precarios⁽⁸¹¹⁾.

El numeral 34 del Código manifiesta:

“Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto”.

No es un domicilio per se, solo una sede referencial para ciertos actos jurídicos. Dentro de estos tenemos: domicilio contractual, laboral.

(810) Exp. N° 361-2001-AA-TC-Lima, 06/08/2002.

(811) Cas. N° 1533-2001-Callao, 02/12/2002.

5.4. Domicilio virtual

Llamado electrónico.

Es un sitio informático, personalizado, válido y optativo. Es registrado por los sujetos para la entrega o recepción de comunicaciones y, eventualmente, para el cumplimiento de ciertas obligaciones.

La ubicación de estos domicilios es el ciberespacio, generalmente a partir de direcciones electrónicas, email.

No cabe la menor duda que es el domicilio de mayor utilización para dirigir comunicaciones de todo orden: notificaciones judiciales, citaciones, requerimientos contractuales, constituir en mora.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*, 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y general*. Tomo I. 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1998.
- AUBRY, C y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. Tomo I, Imprimeurs Éditeurs. París, 1871.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil: Normas, Sujetos y Relación Jurídica*. Tomo I, Vol. 1, Ed. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derecho de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Talleres gráficos Gaviota del Sur, Sucre, Bolivia, 2010.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo I, Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945.
- DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.

- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos, Madrid, 1980.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 39 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer, Librería Bosch, Barcelona, 1934.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Ed. Grijley, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición. Ed. Grijley, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Domicilio, residencia o morada”. En: *La Ley*. Año 3, N° 33, 1 al 31 de agosto de 2010.
- FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte General*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas - Venezuela, 2001.
- LASARTE, Carlos: *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. McGraw-Hill, México, 1994.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, enero 1991, Lima.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte general*. Tomo I. 16ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte general*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português. I - Parte general*. Tomo III - Pessoas, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1954.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 1, 1ª edición, Campinas, Bookseller, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Vol. 1: Parte General*. 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003.
- OCHOA G, Óscar E. *Derecho Civil I - Personas*. 1ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- OLAZÁBAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Edit. Garcilaso, Cuzco, 1961.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdoba, 1961.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, Primera parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*. Tomo IV, Editorial Nauta, Barcelona, 1966.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. 2ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1995.
- SALGADO, Juan. "Contribución al estudio del domicilium en el Derecho Romano". En: *Revista de Derecho Privado*.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.

- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Bogotá, Colombia, 2000.
- VIEIRA, Manuel Adolfo. *El domicilio en el Derecho Privado Internacional*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1958.

SUBCAPÍTULO NOVENO

DERECHO DE AUTOR

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Definición. 5. Fundamento. 6. Características. 7. Titulares. 8. Naturaleza jurídica. 8.1. Teoría de la propiedad. 8.2. Teoría del Derecho del Trabajo. 8.3. Teoría de la personalidad. 8.4. Teoría de la colectividad. 8.5. Teoría del doble derecho. 9. Contenido. 10. Clases. 10.1. Derechos morales. 10.2. Derechos patrimoniales. 11. Alcances y limitaciones. 12. Base legal. 13. Actos ilícitos contrarios.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Por su naturaleza el hombre tiende a realizar y difundir conocimientos, descubrimientos, reflexiones que implican un producto de sí, de su creación. Obra de él.

En la República Ateniense (año 330 a. C.) se exigía un control a la integridad de la obra, pudiéndose realizar copias de obras depositadas en archivos siempre que fueran exactas, siendo castigado el plagio.

En la Edad Media, los principios del derecho de autor tuvieron reducido progreso. La cultura y el saber estuvieron limitados a la realeza, monasterios, academias.

Al aprobarse en la Convención Francesa, la ley instituyó el derecho de propiedad de autor como la más personal de todas las propiedades, poniéndose fin al sistema medieval de los “privilegios reales”, nacidos cuando Gutenberg inventó la imprenta y cuando los editores antes que los autores, fueron beneficiados con regalías.

2. CONCEPTO

El hombre goza de una facultad sobre la obra que produce pudiendo disponer de ella por todos los medios que la ley autoriza.

Como derecho, la autoría representa un conjunto de prerrogativas legales y confiere a los creadores de obras intelectuales una facultad sobre ellas.

La autoría es derecho que reconoce a una persona como creadora de una obra, la misma que no debe ser alterada o mutilada sin su expresa autorización. Se tutela el interés que la autoría y la obra sean respetadas y permanezcan intangibles.

3. DENOMINACIÓN

Derecho de autor, derechos intelectuales, derecho de paternidad.

En el Derecho anglosajón se utiliza la noción de *copyright*, traducido literalmente como derecho de copia.

Es común utilizar el término en plural, derechos de autor, derechos autorales.

4. DEFINICIÓN

El derecho de autor es el reconocimiento legal a favor de todo creador de obras literarias y artísticas.

5. FUNDAMENTO

Como tal tutela la labor creativa del ser humano.

Es el derecho que el Estado otorga a fin de percibir beneficio como contraprestación de la inversión de tiempo, recursos, esfuerzo y dedicación empleados para lograr el avance de la ciencia, técnica, arte o procesos industriales.

6. CARACTERÍSTICAS

El derecho de autor tiene las siguientes características:

- Es un **derecho innato**. El derecho sobre la obra surge del acto personal de la creación. La obra es parte de la personalidad del autor y permanece ligada a él a través de su vida.
- Es un **derecho mixto**, que tiene un contenido extrapatrimonial y patrimonial.
- Es un **derecho fundado**, surge de otros derechos como el derecho a la libertad, a la integridad, a la propiedad.
- Es un **derecho indisponible**, no puede ser sometido a ningún acto de disposición, sea a título oneroso o gratuito.
- Es un **derecho pluridimensional**, podemos hablar de derechos de autor patrimonial y derechos de autor no patrimoniales.

- Es un **derecho relativo**, la ley regula sus limitaciones.
- Es un **derecho limitado en el tiempo**, referido al contenido patrimonial de este derecho, su existencia está limitada temporalmente lo que lo diferencia del derecho a la propiedad). No ocurre igual con el contenido moral que si goza del carácter de perpetuidad.

7. TITULARES

El titular del derecho de propiedad intelectual es el autor, persona natural, que crea alguna obra literaria, artística o científica.

La persona jurídica podrá beneficiarse de la calidad de autor cuando la ley expresamente lo permita.

8. NATURALEZA JURÍDICA

Existen diversas teorías que justifican una naturaleza jurídica especial⁽⁸¹²⁾:

8.1. Teoría de la propiedad

Es un derecho inmerso en el derecho de propiedad. El derecho de autor queda absorbido por los Derechos Reales, es un derecho real menor, *propietas rerum*. La Constitución del 79 se rigió por esta teoría⁽⁸¹³⁾.

8.2. Teoría del Derecho del Trabajo

El derecho de autor es una manifestación del trabajo humano y, por consiguiente, las retribuciones generadas son sobre la base de su esfuerzo personal.

8.3. Teoría de la personalidad

Este derecho es producto de la invención y creación propia de la persona.

(812) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Concebido y personas naturales, Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, pp. 663-672.

(813) “Artículo 129. El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. Garantiza, asimismo, y en igual forma, los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos”.

8.4. Teoría de la colectividad

Las obras de arte y los inventos son patrimonio de la humanidad, siendo esta la que finalmente se beneficia.

8.5. Teoría del doble derecho

Los derechos de autor contienen una naturaleza personal (derechos morales) y otros de naturaleza patrimonial (derechos económicos).

Consideramos que el derecho de autor es un derecho sui géneris con sus propias características que implica un *ius in re intectuali*, el señorío sobre un bien intelectual⁽⁸¹⁴⁾.

9. CONTENIDO

El derecho de autor protege las creaciones expresadas en obras literarias y artísticas. Nace con la obra misma, no por el reconocimiento de la autoridad administrativa.

Los derechos que la ley reconoce al autor son independientes de la propiedad del soporte de la obra. El objeto material no es derecho de autor sino la obra incorporada en él⁽⁸¹⁵⁾. La propiedad del autor es sobre la creación.

Entre los requisitos para que las obras sean protegidas están:

- Ser originales y creativas.
- Ser producto del ingenio humano.
- Tener la capacidad de ser divulgadas o reproducidas por cualquier medio.

El derecho de autor tiene tres elementos básicos:

- La idea.
- La realización de la idea.
- El objeto material que contiene la idea realizada.

(814) DE SANCTIS, Valerio. (voz) "Autore (diritto di)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, pp. 397-398.

(815) CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 212.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el derecho de autor, establece que:

- “La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad”.

El artículo 5 de la Ley de autor indica:

“Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

- a) Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.
- b) Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella.
- d) Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.
- e) Las obras audiovisuales.
- f) Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
- g) Las obras de arquitectura.
- h) Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.
- i) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
- j) Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.
- k) Los programas de ordenador.
- l) Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.

- m) Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.
- n) En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.

10. CLASES

El derecho de autor es derecho social, mixto, complejo.

Dentro de él se amalgaman lo moral con lo económico. No se comercializa el derecho sino lo producido.

10.1. Derechos morales

Llamados personales o no económicos.

Son aquellos derechos que tienen que ver con su personalidad, *i.e.* con el hecho de que la obra es una prolongación del sujeto. Son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.

Los derechos morales conceden al autor las siguientes facultades:

- Derecho a la paternidad, que se reconozca la obra como suya y a vincular o no su nombre a ella.
- Derecho a retirar la obra o al arrepentimiento, retirar la obra de circulación, o de suspender cualquier tipo de utilización.
- Derecho a la integridad, impedir la mutilación de su obra.
- Derecho a conservar la obra inédita, potestad para no divulgar la obra, de impedir el conocimiento de la misma por parte de terceros.
- Derecho a modificarla, no puede impedirse al autor que cambie, aclarar su obra.

El artículo 21 de la Ley de derechos de autor establece que: “Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario”.

10.2. Derechos patrimoniales

Llamados económicos.

Son aquellos derechos exclusivos que tiene el autor para explotar su obra y obtener un beneficio económico por ello.

Comprende el derecho a realizar, autorizar, prohibir; reproducir, publicar, distribuir, traducir, exportar e importar, representan la prerrogativa del autor de beneficiarse económicamente de su producción intelectual.

Los derechos patrimoniales otorgan las siguientes facultades:

- Reproducción, facultad de explotar la obra en su forma original o transformada.
- Comunicación pública, es la representación o ejecución de una obra ante un público sin la previa distribución de ejemplares.
- Transformación, facultad para autorizar que terceros modifiquen el contenido de su obra mediante adaptaciones, traducciones, compilaciones, actualizaciones, revisiones o cualquier otro tipo de cambio.
- Distribución, derecho de controlar cualquier forma de distribución o de copias de la misma, mediante la venta, arrendamiento o alquiler.

El artículo 30 de la Ley de Derechos de Autor establece que: “El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa”.

11. ALCANCES Y LIMITACIONES

Están comprendidas entre las obras protegidas toda producción del intelecto humano en el dominio literario o artístico que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida, entre los alcances de este derecho tenemos las siguientes consideraciones:

- Obras literarias:
 - Escritas, libros, revistas, folletos u otros.
 - Orales, conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.

- Obras audiovisuales.
- Obras de arquitectura.
- Programas de ordenador.
- Composiciones musicales con letra o sin ella.
- Obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- Obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías, pantomímicas y escénicas. Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos.
- Obras de artes plásticas (bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías).

El ámbito de extensión de este derecho no es ilimitado, por lo que existen objetos que no requieren de un interés de protección, entre estos se presentan:

- Noticias del día.
- Simples hechos o datos.
- Ideas en las obras literarias o artísticas.
- Textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial.
- Procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos.

12. BASE LEGAL

El tratamiento legal de la autoría se encuentra salvaguardado en las principales normas nacionales.

- Constitución Política del Perú
 - Artículo 2, numeral 8 menciona el derecho “a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.
 - Artículo 18.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual

y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

- Código Civil
 - Artículo 18.- “los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia”.
 - Artículo 302.- Son bienes propios de cada cónyuge: (...) 5. Los derechos de autor e inventor.
 - Artículo 310.- Son bienes sociales (...) las rentas de los derechos de autor e inventor.
- Ley sobre derechos de autor, Decreto Legislativo N° 822⁽⁸¹⁶⁾

13. ACTOS ILÍCITOS CONTRARIOS

Se lesiona el derecho de autor cuando no se reconoce la obra o cuando sin ser el autor se atribuye una autoría que no le corresponde, sea en forma parcial o total. Esta última conducta se conoce también en la doctrina como plagio, el cual puede presentarse bajo dos formas:

- Plagio servil: presentar como de su propia autoría una obra ajena.
- Plagio inteligente: pretender aparecer como una nueva obra, se trata de una obra plagiada mediante ligeras variaciones.

El plagio es un delito tipificado en el Código Penal:

- Plagio, artículo 219.
- Plagio agravado, artículo 220.
- Copia o reproducción no autorizada, artículo 216.
- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor, artículo 217.
- Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor agravadas, artículo 218.

(816) Publicada el 24/04/1996.

BIBLIOGRAFÍA

- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- DE SANCTIS, Valerio. (voz) “Autore (diritto di)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Concebido y personas naturales. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SUJETO Y DEFENSA DE SUS DERECHOS

SUMARIO. 1. Generalidades. 2. Concepto. 3. Naturaleza jurídica. 3.1. Teoría monista. 3.2. Teoría pluralista. 3.3. Teoría ecléctica. 4. Derecho de daños. 4.1. Daño. 4.1.1. Etimología. 4.1.2. Concepto. 4.1.3. Denominación. 4.1.4. Definición. 4.1.5. Características. 4.1.6. Objetivo. 4.1.7. Requisitos. 4.1.7.1. Antijuricidad. 4.1.7.2. Daño. 4.1.7.3. Nexo causal. 4.1.7.4. Factor de atribución. 4.1.8. Tipos. 4.2. Medios de tutela. 4.2.1. Desde el punto de vista civil. 4.2.1.1. Acción de protección civil. 4.2.2. Desde el punto de vista constitucional.

1. GENERALIDADES

La persona es tutelada por lo que es ella en **sí misma**, en cuanto sujeto de derecho. Su naturaleza le hace ser el bien supremo de la sociedad y del Estado⁽¹⁾.

Todo sujeto es titular de intereses patrimoniales y extrapatrimoniales los mismos que son reconocidos y promocionados por el Derecho. Esto implica la posibilidad de ejercerlos libremente dentro del límite normal y diligente del respeto a los demás. A su vez, el ordenamiento otorga la garantía de protección cuando los derechos sean objeto de lesión por acto u omisión.

Los derechos de la persona representan un conjunto de poderes que permiten a su titular realizarse así como, de ser el caso, requerir jurisdiccionalmente el término de los actos que lo lesionen, reclamando la indemnización frente al daño.

2. CONCEPTO

La protección jurídica del sujeto es una garantía que ofrece el Derecho.

Para brindar protección a los derechos de las personas se han creado las garantías. Estas son medios legales de amparo a los derechos subjetivos. Sin ellas, estos quedarían reducidos a una mera declaración carente de efectividad. Marinoni señala que “el derecho a la protección de los derechos fundamentales tiene como corolario el derecho a la preordenación de las técnicas adecuadas a la efectividad de la tutela jurisdiccional, las

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 27.

cuales no son más que respuestas del Estado a su deber de protección”⁽²⁾. Esto significa que existe un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, oportuna y preventiva de los derechos de las personas.

Constitucionalmente, el artículo 1 de nuestra Ley fundamental sostiene que:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Esta declaración convoca a reconocer que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Consiguientemente, consagra una visión humanista del Derecho en el que la defensa de sus derechos es una tarea fundamental del Estado.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Existen varias teorías que sustentan la protección de los derechos de las personas:

3.1. Teoría monista

Llamada valorativa o axiológica.

La protección de los derechos de la persona ha sido estudiada desde diversas perspectivas. Bigliazzi sostuvo, desde un enfoque monista, que “si bien el derecho de la personalidad es único, es cierto que al ser aquel un valor elástico caben en él diferentes situaciones jurídicas que, aunque plurales, deben enmarcarse en un valor único”⁽³⁾.

Esta teoría parte que la defensa de la persona debe construirse a través de un único derecho, pues, este es un valor unitario de imposible fraccionamiento en múltiples situaciones jurídicas.

3.2. Teoría pluralista

Llamada normativa.

(2) MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Trad. de Aldo Zela Villegas. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 228 y ss.

(3) BIGLIAZZI GERI, Lina. *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano, 1967, p. 265 y ss.

El sujeto de derecho es protegido a partir de una multiplicidad de derechos.

Es común en esta tesis reconocer la pluralidad de derechos haciendo referencia al valor unitario de la personalidad como origen de los mismos. Esta teoría conlleva a una mayor seguridad jurídica en la medida en que “está determinada cada una de las parcelas integrantes de la personalidad que merece protección”⁽⁴⁾.

No obstante, es criticada por la existencia de derechos no reconocidos de forma expresa por el ordenamiento jurídico los cuales serían difícilmente tutelables.

3.3. Teoría ecléctica

Llamada mixta

Defiende la existencia de un Derecho general a la personalidad. Asimismo, de forma paralela y simultánea a tal derecho general, se recogen una pluralidad de derechos especiales.

Nuestro sistema jurídico sigue esta teoría pues no brinda un tratamiento taxativo ni enumerativo de los derechos sino que establece un ámbito abierto (art. 5 del Código) de las diversas situaciones jurídicas que pudiesen ser dañadas.

4. DERECHO DE DAÑOS

También denominado Derecho de la responsabilidad civil.

El Derecho de daños integra una serie de normas jurídicas que organizan la obligación de indemnizar el daño causado a un sujeto.

Como manifiesta el Código Civil en su numeral 1985:

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”.

(4) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”. En: *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Universidad de Salamanca, 1984, p. 105.

La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido⁽⁵⁾.

Mosset Iturraspe⁽⁶⁾ sostiene que la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece de perjuicio y a quien es agente del mismo.

Así pues, tenemos que la responsabilidad civil es una figura jurídica de índole indemnizatoria, compensatoria o reparadora, como consecuencia del daño sufrido por la víctima, derivada de una relación contractual o extracontractual.

En ese sentido, el Derecho de daños busca garantizar a la persona una indemnización (compensación o resarcimiento) por parte del causante del daño, contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o sus bienes.

4.1. Daño

4.1.1. Etimología

Del latín *damnum*, daño, perjuicio, gasto.

Además, Daño (*danno*) proviene de *demere*, menguar, disminuir, reducir, etc. y, en una forma más estricta, al verbo causar perjuicio, menoscabo, molestia o dolor.

4.1.2. Concepto

Todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (art. 1969), es una regla consagrada en el Derecho, *neminem laedere*.

El daño es la lesión o perjuicio, todo aquello que invada la esfera del sujeto, sea en sus bienes vitales o su patrimonio.

(5) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 591.

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil*. 2ª reimpresión de la primera edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 21.

Implica un detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico que, en un primer momento, corresponde al interés jurídico general de no verse dañado por la conducta de otro, tornándose luego en un interés específico de la víctima.

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado, la indemnización debe perseguir una **satisfacción** de dicho interés conculcado. No debe ser entendida como una **sanción**.

El daño puede producirse respecto de:

- Derechos y bienes de un sujeto.
- Intereses que una colectividad comparte, el denominado interés difuso, v. gr. la tutela de intereses del derecho ambiental.

Daño es injuria o perjuicio; aniquilación o alteración de una situación favorable. El concepto de daño es amplio: ninguna limitación subsiste, de hecho, en el lenguaje corriente es atinente a toda injuria, menoscabo y perjuicio⁽⁷⁾.

4.1.3. Denominación

El daño también es denominado como:

- Perjuicio.
- Ilícito civil.
- Menoscabo.
- Consecuencia dañosa.
- Fuente de la responsabilidad civil.

4.1.4. Definición

De Cupis⁽⁸⁾ sostiene que daño es el perjuicio, la aminoración o alteración de una situación favorable. Alessandri Rodríguez lo define como “todo detrimento, perjuicio, dolor o molestia que sufre un individuo en

(7) DE CUPIS, Adriano. (voz) “Danno”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XI, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004, p. 622.

(8) DE CUPIS, Adriano. *Daños y perjuicios*. Bosch, Buenos Aires, 1975, p. 81.

su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”⁽⁹⁾. Según Bustamante Alsina⁽¹⁰⁾, el daño es aquel menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

Es un perjuicio que sufre un sujeto o su patrimonio por culpa de otro. Supone un detrimento en los derechos, bienes o intereses de un individuo como consecuencia de la acción u omisión de otro.

4.1.5. Características

Para que el daño se configure debe ser rodeado de una serie de características:

- **Certeza**

Es la certidumbre que debe recaer sobre la existencia del daño. De no existir certeza, no hay lugar a condenar al autor de la acción lesiva.

Como bien precisa Tamayo Jaramillo⁽¹¹⁾, la certeza de la existencia del daño no hace necesario que dicho daño sea actual. Puede configurarse con anterioridad o, simplemente, construirse con toda certeza en el futuro. Lo que si no da lugar a ser futuro, debe realizarse de manera actual y cierta.

Todo daño debe ser “cierto”, esto implica, que, quien alega haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, acreditarlos hechos y producir certeza en el juez.

En el estudio de la certeza del daño se nos presentan dos daños que ponen en tela de juicio los criterios antes enunciados, mereciendo ser analizados de forma particular:

- **Daño eventual**, o hipotético, aquel resultado dañoso que no guarda conexión lógica con el hecho antijurídico o no antijurídico que se analiza no considerándose, por ende, consecuencia necesaria del mismo⁽¹²⁾.

(9) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981, p. 210.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 143.

(11) TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*. Temis, Bogotá, 1986, p. 5.

(12) BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Material de Estudio del

- **Pérdida de la chance**, o de la oportunidad, aquel daño que consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una oportunidad, de una probabilidad; en este daño coexisten⁽¹³⁾: un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. La pérdida de la chance intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre– de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida⁽¹⁴⁾.

- **Perjuicio debe ser personal**

Significa que el daño debe afectar directamente los intereses del individuo que pretende el resarcimiento. Solamente podrá reclamar la reparación, la persona que ha sufrido el perjuicio.

No obstante, el daño aun siendo personal, puede clasificarse en directo o indirecto.

- **Daño directo**, la persona que pretende reclamar es la propia víctima del ilícito.
- **Daño indirecto**, la persona que pretende un resarcimiento es distinta a la que sufrió la lesión en su persona pero por ley o por relación se ven legitimados para demandar.

El daño se va a concebir como el menoscabo a un interés de un sujeto; pero, la víctima no necesariamente va a ser el sujeto afectado de forma concreta sino, también, aquel cuyo interés se ve perjudicado, la colectividad a través de los intereses difusos.

Curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, p. 35.

(13) *Ibidem*, pp. 35-36.

(14) PEIRANO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1981, p. 364. Existe un ejemplo clásico en el que un transportista encargado de conducir un caballo de carrera al hipódromo, a consecuencia de su tardanza, no logra que el caballo llegue a tiempo para la salida de la carrera; el propietario del animal pierde así la probabilidad de ganar el premio. Es evidente que nadie sabe si, de haber concursado, el caballo hubiese ganado el premio, de ahí que no se pretenda indemnizar por este concepto. Sin embargo, no deja de ser cierto que el caballo tenía la probabilidad de ganar, y esa es la probabilidad que se ha perdido a causa del transportista. MAZEAUD, Henri y LÉON, y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad civil, delictual y contractual*. Tomo I, Volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 308.

- **Subsistencia del daño**

A efectos de solicitar una indemnización, el interés dañado a reparar no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo. De permitirse una doble indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido.

- **El interés legítimo afectado debe ser lícito**

Todo beneficio afectado debe ser lícito y debe, además, estar en cabeza de la víctima al momento de ser afectado.

- **Daño sea injusto**

El daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea justificada por el ordenamiento jurídico.

Los hechos dañosos justificados son conocidos como **supuestos de irresponsabilidad**, *i.e.* causas de justificación, aquellos que no generan una obligación de indemnizar los daños.

Tales supuestos se encuentran contemplados en el artículo 1971:

“No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1.- En el ejercicio regular de un derecho.
- 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
- 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

4.1.6. Objetivo

El objetivo de la determinación del daño es la consecuente aplicación de la responsabilidad civil al sujeto que lo ocasionó, procurando la reparación que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio.

La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad.

4.1.7. Requisitos

Para que se configure el daño y la correspondiente responsabilidad civil deben cumplirse con los siguientes requisitos:

4.1.7.1. Antijuridicidad

Es la conducta que atenta contra el sujeto.

En principio, lo antijurídico es lo contrario al Derecho.

La antijuridicidad pertenece al ordenamiento jurídico en general, siendo la misma en las distintas disciplinas jurídicas (civil, penal, administrativo, etc.). Aunque exista un específico injusto jurídico penal o un específico injusto jurídico civil o un específico injusto jurídico administrativo, hay una sola antijuridicidad.

Por lo tanto, la ilicitud se refiere al orden jurídico o al orden vigente en general; llegándose al entendimiento del concepto de antijuridicidad como contravención al ordenamiento jurídico aprehendido en su conjunto⁽¹⁵⁾.

Para Mosset Iturraspe⁽¹⁶⁾, la antijuridicidad tiene dos aspectos: la formal y la material. La primera se identifica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad que se ocasiona ante las prohibiciones que surgen de los principios que sostienen el orden público: lo político, social, económico, las buenas costumbres, etc.

La obligación de indemnizar nace:

- De una conducta no amparada por el Derecho
- Se viola:
 - Normas imperativas.
 - Principios jurídicos de orden público.
 - Buenas costumbres.

(15) BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 47 y ss.

(16) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 24.

4.1.7.2. Daño

Es la lesión a un bien jurídicamente protegido.

Se clasifica en daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

4.1.7.3. Nexo causal

Llamada relación de causalidad.

Es otra de las condiciones de existencia de responsabilidad civil; cuya expresión significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso⁽¹⁷⁾.

Determina que entre el acto y el daño debe existir una relación causa-efecto. El daño es consecuencia de una conducta.

- **Fractura causal.** Existe un conflicto, un enfrentamiento entre dos conductas o sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una de ellas.

El artículo 1972 establece que el [presunto] autor no está obligado a reparar cuando el daño sea consecuencia de:

- Caso fortuito.
- Fuerza mayor.
- Hecho de un tercero.
- Hecho de la víctima.

En estos casos hay una **eximencia** de responsabilidad.

- **Concausa.** El daño es consecuencia de la conducta del autor con la colaboración de la víctima (imprudencia, negligencia, impericia), artículo 1973.

En estos casos hay una **reducción** en la indemnización.

- **Concurrencias de causas. Pluralidad de autores.** Cuando el daño es consecuencia de varios autores, la responsabilidad es solidaria, artículo 1983.

(17) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª edición, Civitas, Universidad de Deusto, Madrid, 1993, p. 751.

4.1.7.4. Factor de atribución

Existen dos sistemas en la materia de responsabilidad:

- **Subjetivo**

Se construye sobre la base de la culpa del autor: **la culpa se presume siendo la carga de la prueba del autor del daño**, artículo 1969.

De Trazegnies⁽¹⁸⁾, con relación al artículo 1969 del Código Civil, señala que el legislador se coloca en una posición subjetivista, atribuyendo responsabilidad, lo cual configura la obligación del pago por indemnización, por quien sea el culpable del dolo o culpa.

- **Objetivo**

Se construye sobre la noción del riesgo creado: **No interesa la culpa sino que el acto generador del daño fuera riesgoso**, artículo 1970.

4.1.8. Tipos

Los daños tienen toda una tipología.

Según Mosset Iturraspe⁽¹⁹⁾

Daño a los derechos de la personalidad:

- El derecho a la identidad
- El derecho a la integridad
 - Daño a la integridad física
 - Daño a la integridad psíquica
- Derecho a la libertad
- Derecho al honor
- Derecho a la intimidad
 - Derecho a la imagen y a la voz

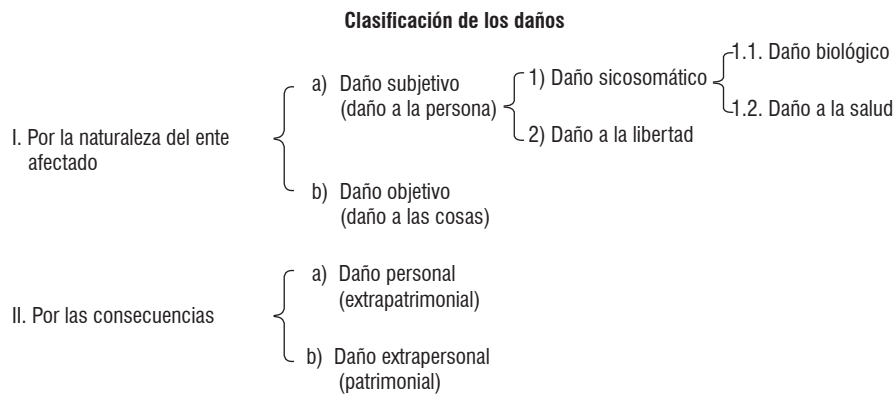
(18) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 123.

(19) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 86 y ss.

Daño al patrimonio:

- Daño a las relaciones jurídicas reales.
- Daño a las relaciones jurídicas creditorias (obligatorias).
- Daño a las relaciones jurídicas intelectuales.

Según Fernández Sessarego⁽²⁰⁾



I. Por la naturaleza del afectado

Se presenta la existencia de un:

- **Daño subjetivo**

Es el daño que agravia al ser humano en su esencia. Este tipo de daño puede afectar al ser humano en cualquier etapa de su desarrollo existencial, desde la concepción hasta la muerte, antes de nacer o después de nacido. Un menoscabo al “ser”, a sus intereses personales, a sus derechos.

Dentro del daño subjetivo tenemos⁽²¹⁾:

Daño psicosomático

Aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto.

Este puede consistir a su vez en un:

(20) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. En: *Cuadernos de Derecho* 3. Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Lima, año 2, N° 3, setiembre de 1993, p. 28 y ss.

(21) BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Ob cit., p. 44.

- **Daño biológico.**- Constituido por la lesión inferida a la persona víctima del daño. V. gr. una pierna quebrada por un golpe, una herida.
- **Daño a la salud.**- Constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto. V. gr. lesión que surge un tumor que genera la amputación del miembro.

Daño a la libertad

Es la frustración en las expectativas de vida. Es el daño que afecta el proyecto de vida, esto es, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le impide realizar su actividad habitual. V. gr. un atleta es atropellado por un carro producto de este hecho se le amputa una pierna.

- **Daño objetivo**

Aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, incide sobre los objetos. Un menoscabo al “haber”.

Daño emergente - *Damnum emergens*.

Detrimento. Empobrecimiento. Pérdida patrimonial.

Aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Implica una disminución patrimonial. El menoscabo, afectación, deterioro, destrucción en el patrimonio de un sujeto.

Lucro cesante - *Lucrum cessans*.

Frustración. Truncamiento. Imposibilidad de percibir ganancias.

Aquel que genera que la víctima deje de percibir un ingreso o ganancias por efecto del daño un determinado bien.

II. Por las consecuencias

Daño personal

Es el daño extrapatrimonial, aquel menoscabo que afecta a la esfera personalísima del sujeto, a sus derechos extrapatrimoniales como la vida, la integridad, la salud, etc.

Daño no personal

Es el daño patrimonial, aquel menoscabo a los bienes del sujeto. Este tipo de daño se puede cuantificar económicamente y afecta a un interés patrimonial.

Dentro de esta categoría se encuentran: el daño emergente y el lucro cesante.

4.2. Medios de tutela

La protección de los derechos de la persona está desarrollada desde diversas perspectivas:

4.2.1. Desde el punto de vista civil

El Derecho Civil trata de los derechos y establece, también, un mecanismo de defensa.

4.2.1.1. Acción de protección civil

Es una acción de defensa de los derechos de la persona.

Como acción tiene doble finalidad: Inhibitoria y cesatoria.

Tutela	Objeto	Finalidad	Acto
Inhibitoria	Prevenir. Se presta ante la inminencia de violación del acto dañino.	Evita el daño	Amenaza Evitar que al costado de mi casa instalen un grifo
Cesatoria	Neutralizar. Se presta ante la ejecución del acto dañino.	Paraliza el daño que se viene ocasionado	Violación Solicitar la paralización de la instalación del grifo

Esta acción está destinada a evitar o paralizar la violación del derecho de la persona. Se basa en el derecho a la tutela efectiva.

Sin embargo, la acción tratada en el Código solo es una cesación, no trata de forma expresa de la acción inhibitoria, como si lo hacía el proyecto original del Código, pero a través de una interpretación *in extenso* y en *pro homine* podemos considerarla subsumida dentro del artículo 17 del Código.

La propuesta original, el texto vigente y la propuesta de reforma del artículo 17 del Código es la siguiente:

Texto		
Original	Vigente	Propuesta
<p>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.</p> <p>El juez a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.</p> <p>El juez de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales del daño moral, si fuera el caso.</p>	<p>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.</p> <p>La responsabilidad es solidaria.</p>	<p>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.</p> <p>El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de las medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el daño. También podrá hacerlo ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal.</p> <p>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.</p> <p>Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es concurrente.</p>

Como queda claro, originalmente, esta medida estuvo orientada “para proteger de forma eficaz a la persona humana, concebida con la finalidad que pudiera ser utilizada por el juez como fundamento para prevenir y evitar cualquier atentado contra los derechos de las personas, como para ordenar su cesación una vez desencadenado”⁽²⁴⁾.

4.2.2. Desde el punto de vista constitucional

El Derecho Constitucional trata de las garantías constitucionales, acciones de garantía o procesos constitucionales.

Son mecanismos jurídicos a los que la persona puede recurrir cuando se vea amenazado o violado cualquiera de sus derechos, evitando la transgresión o amenaza.

(22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12^a edición, Motivensa, Lima, 2012, p.183.

(23) Enmienda aprobada en 1997 por la Comisión encargada de elaborar un proyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil constituida por Ley N° 26394 (DOEP, 22/11/1994. Cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 182.

(24) *Ibidem*, p. 172.

La Constitución Política establece que son garantías constitucionales (art. 200):

- **Acción de hábeas corpus**, procede ante el hecho u omisión que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
- **Acción de amparo**, procede contra el hecho u omisión que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción del derecho a la libertad. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.
- **Acción de hábeas data**, procede contra el hecho u omisión que vulnera o amenaza los derechos a la información y la intimidad de la persona, así como el correcto uso de sus datos personales.
- **Acción de inconstitucionalidad**, procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
- **Acción popular**, procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
- **Acción de cumplimiento**, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Imprenta Universal. Santiago de Chile, 1981.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Material de estudio del curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- BIGLIAZZI GERI, Lina. *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano, 1967.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Tecnos, Madrid, 1998.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”. En: *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Universidad de Salamanca, 1984.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª edición, Civitas, Universidad de Deusto, Madrid, 1993.
- DE CUPIS, Adriano. *Daños y perjuicios*. Bosch, Buenos Aires, 1975.
- DE CUPIS, Adriano. (voz) “Danno”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XI, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. En: *Cuadernos de Derecho* 3. Revista del

Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, año 2, N° 3, setiembre de 1993.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Trad. de Aldo Zela Villegas. Palestra Editores, Lima, 2007.
- MAZEAUD, Henri y Léon, y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Tomo I, Volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil*. 2ª reimpresión de la 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1982.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1980.
- PEIRANO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1981.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*. Temis, Bogotá, 1986.

TÍTULO CUARTO

CAPÍTULO PRIMERO

CAPACIDAD.

CONCEPTOS GENERALES

SUMARIO: 1. Nociones generales. 2. Concepto. 3. Denominación. 4. Características. 5. Clases. 6. Principios.

1. NOCIONES GENERALES

El sujeto de derecho es aquel a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones permitiéndole su desarrollo e interacción social.

Como ser jurídico, el sujeto de derecho vale, importa y trasciende en el Derecho.

El ordenamiento jurídico lo dota de atributos inherentes a su existencia que representan cualidades o propiedades de sí, por medio de las cuales puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho⁽¹⁾.

Con ellos, y a través de ellos, proyecta su desarrollo en la vida jurídico-social.

2. CONCEPTO

Para Tobías⁽²⁾, la capacidad es un concepto **núcleo** del Derecho.

Es aquel atributo que permite adquirir y ejercitar derechos.

En su acepción amplia indica aptitud: soy capaz en la medida que puedo realizar algo.

Sirve para tener y practicar derechos y facultades. Es el permiso que el Derecho otorga al sujeto para que este puede ser titular de atributos y prerrogativas. Aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar derechos y contraer obligaciones. Indica Castán Tobeñas que la capacidad “supone

(1) CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 105.

(2) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 97.

una posición estática del sujeto, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico⁽³⁾. Para Borda “es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones”⁽⁴⁾.

Se trata de una cualidad del sujeto.

3. DENOMINACIÓN

Aguilar Gorrondona⁽⁵⁾ sostiene que la voz capacidad alude a lo **que cabe y suscita ideas de continente y contenido**.

Capacidad es sinónimo de habilidad, competencia, aptitud, idoneidad, inteligencia, suficiencia.

En el ámbito jurídico, en antiguo se le denominó personalidad.

Uno y otro, son conceptos afines. La personalidad importa una noción más amplia que capacidad. Es un término más extenso. La capacidad es la medida de la personalidad. Esta es el conjunto de poderes conferidos al hombre para figurar en las relaciones jurídicas. La capacidad es el elemento de ese concepto, confiere el límite de la personalidad⁽⁶⁾.

El *nomen iuris* dependerá de la clase de capacidad que se analice.

4. CARACTERÍSTICAS

Entre las características de la capacidad tenemos:

- La capacidad es cualidad, aptitud, un atributo que permite tener un estatus jurídico.
- Corresponde al hombre, al ser humano jurídicamente apreciado, como sujeto que es.

(3) CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. 6ª edición, Reus, Madrid, 1943, p. 141.

(4) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 429.

(5) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 201.

(6) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002, p. 149.

- Los preceptos legales relativos a la capacidad son de orden público, por lo tanto, irrenunciables y no puede pactarse en contra de ellos.
- Se sustentan en criterios de igualdad. Varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles (art. 4)⁽⁷⁾. Ni uno más, ni otro menos, equiparidad en el estatus y relaciones jurídicas.

5. CLASES

La noción de capacidad contiene en sí misma una dualidad que intrínsecamente comprende dos aspectos diferenciables.

Aptitud de ser titular de derechos (capacidad de goce) y,

Posibilidad de realizar tales derechos per se (capacidad de ejercicio).

En esta línea tenemos dos tipos de capacidad:

Capacidad de goce **Tengo, ser**

Capacidad de ejercicio **Realizo, hacer valer**

6. PRINCIPIOS

La base, o lo que denominamos reglas de oro para ser feliz en el tema de la capacidad, pueden enmarcarse en las siguientes:

La capacidad en stricto sensu marca los siguientes criterios:

Capacidad de goce			
Concebido	16 años	+ 16 – 18 años	Más de 18 años
Capacidad especial			Capaz de ejercicio
Incapaz absoluto		Incapaz relativo	Incapaz

Todo sujeto cuenta con una capacidad de goce, se tiene per se.
El estado civil es la base sobre la que descansa la capacidad⁽⁸⁾.

Basta ser para gozar
Es un estado civil

(7) El antecedente está en el artículo 5 del Código Civil de 1936: “Los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas para las mujeres casadas”. En efecto, el Código del 36 prescribía una serie de restricciones para las casadas: imposibilidad de administrar los bienes comunes sin el consentimiento del marido (art. 190); el marido fijaba y mudaba el domicilio de la familia y decidía sobre lo relacionado a su economía (art. 162); la mujer tenía como obligación dar ayuda y consejo al marido y atender personalmente el hogar (art. 161).

Puede haber capacidad de goce sin capacidad de ejercicio.

No puede haber capacidad de goce sin capacidad de ejercicio.

La capacidad de ejercicio presupone la de goce.

La capacidad de goce es el género o a la regla y la capacidad de ejercicio la especie o la excepción

Es el ser frente al realizar

Para ser basta existir

Para ejercer debo ser

Genus vs. Spes

(8) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13^a edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 429.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPACIDAD DE GOCE

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Denominación. 3. Definición. 4. Características. 5. Naturaleza jurídica. 6. Legitimación y capacidad de goce. 7. ¿Incapacidad de goce? 7.1. Supuesto casos de incapacidad de goce. 7.2. Incapacidad real.

1. CONCEPTO

La noción de sujeto es un *prius* respecto de la capacidad que en un *posterius*. Se tiene capacidad por ser sujeto, no a la inversa⁽¹⁾.

La capacidad de goce se relaciona con la subjetividad, con la calidad de sujeto de derecho. Al ser **tal** cuento con capacidad. En el sentido amplio y general, connota al sujeto de derecho. Para Espinoza Espinoza⁽²⁾ la capacidad de goce es un concepto innecesario, basta referirnos al sujeto de derecho, lo cual es totalmente cierto.

Es la capacidad de sentir. Estática⁽³⁾, inalterable y pasiva, en tanto ser que soy.

Implica titularidad. El sujeto es titular de derechos por el simple hecho de ser hombre, ser humano. Es un **quid** simple (no puede sino existir o no existir)⁽⁴⁾.

La capacidad de goce es efecto del reconocimiento del Derecho, de la existencia de condiciones por las que un ser es idóneo de tener intereses dignos de tutela. Es el estado que tiene el sujeto para beneficiarse de una protección legal. Se reconoce que todo individuo es fuente de derechos, deberes, facultades y obligaciones. Todos tenemos capacidad de goce. El que es plenamente capaz no tiene que recurrir a ninguna otra persona para acceder a sus derechos, lo tiene per se.

(1) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 7. Tobías utiliza el término persona como sinónimo de sujeto de derecho.

(2) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012, p. 874.

(3) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 23.

(4) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 130.

Con relación a la capacidad de goce, la doctrina se ha limitado a sostener que es consustancial al ser humano por su condición tal.

Es propia del ser libre, le es de su naturaleza inherente. No sería factible actuar la libertad –transformar las decisiones libres que se adoptan en la instancia subjetiva en conductas humanas– de no existir esta potencialidad, que no es otra cosa que aquello que detectamos como capacidad, siendo imposible desligar la capacidad jurídica de la libertad⁽⁵⁾. Todos los seres humanos son igualmente libres, ergo todos son igualmente capaces. No es posible referirnos a la **semilibertad**, como tampoco es imaginable una **semicapacidad**.

El fundamento de la capacidad de goce se encuentra en el artículo 3 del Código.

2. DENOMINACIÓN

Conocida como:

- Capacidad pasiva.
- Capacidad jurídica.
- Capacidad esencial.
- Capacidad genérica.
- Capacidad adquisitiva.
- Capacidad de Derecho.

Los franceses la llaman capacidad *de jouissance*.

Más comúnmente conocida como capacidad jurídica o de Derecho.

3. DEFINICIÓN

Para Trimarchi⁽⁶⁾ es la capacidad de una persona de ser sujeto de derecho y de obligaciones. Según Candian es el “fundamental atributo del estado de persona, o sea sustancia de la personalidad, es la capacidad jurídica, que viene definida como idoneidad de ser sujeto de derechos o de

(5) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. 8ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 392.

(6) TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè. Milano, 1983, p. 67.

relaciones”⁽⁷⁾. Para Breccia, Bigliazzi Geri, Natoli, Busnelli⁽⁸⁾ es la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos y deberes, de situaciones jurídicas subjetivas.

Para Rubio Correa “la capacidad de goce de los derechos es una atribución que tiene la persona, en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos”⁽⁹⁾.

La capacidad de goce es la titularidad de derechos.

4. CARACTERÍSTICAS

Entre ellas tenemos:

- Existe per se.
- Condición propia y natural.
- Permite la tenencia de derechos.
- No podemos hablar de una incapacidad de goce.
- Está basada en principio de igualdad⁽¹⁰⁾, es una igual para todos y no acepta gradualidades.
- Se adquiere con la concepción y termina con la muerte, acompaña al sujeto durante todo el arco de su existencia⁽¹¹⁾.
- Presupuesto de hecho: existencia del sujeto⁽¹²⁾.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Es una categoría jurídica a símle de la teoría del sujeto de derecho.

La capacidad de goce –connatural al sujeto, forma parte de su ser, de su interior normativo– se presenta como una categoría jurídica conferida

(7) CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*. Giuffrè. Milano, 1949, p. 51.
(8) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 129.
(9) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 149.
(10) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p.105.
(11) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 130.
(12) LETE DEL RÍO, José Manuel. Ob. cit., p. 24.

al ser humano a través de la que se le posiciona en el ordenamiento jurídico de forma especial.

Para Lete del Ríó⁽¹³⁾ es un derecho que corresponde y se reconce a todo ser humano.

6. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD DE GOCE

La legitimación es la capacidad reconocida por ley para realizar un acto jurídico per se.

Consiste en saber si una persona, frente a determinada situación jurídica, tiene o no capacidad de establecerla, en uno y otro sentido⁽¹⁴⁾.

- La legitimación es un presupuesto objetivo del negocio jurídico.
- La capacidad de goce es un presupuesto subjetivo del negocio jurídico.

La falta de legitimación, conocida como la incapacidad de obrar anómala, no puede ser suplida por la representación, la naturaleza del acto lo impide (v.gr. reconocimiento). El representante que celebre el acto personalísimo estaría dentro del supuesto de falta de legitimidad, acarreando la nulidad del acto. Si hubiera sido celebrado por el incapaz, el acto sería, según sea el caso nulo o anulable.

Cuando la ley impide a una persona realizar ciertos derechos no deben ser tratados como casos de incapacidad, sino como meras prohibiciones.

7. ¿INCAPACIDAD DE GOCE?

La capacidad de goce es lo relativo al ser mismo, al sujeto como tal. Se posee con la verificación cierta de un sujeto y sobre este se dará el ejercicio de los derechos subjetivos.

La teoría manifiesta que la capacidad de goce está relacionada con lo interno del sujeto, con su aspecto ontológico, su esencia humana. Es propia del ser libre, no sería factible actuar la libertad, transformar decisiones sino contamos con potencialidad, que no es otra cosa que la capacidad;

(13) *Ibíd*em, p. 23.

(14) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 67.

así es indesligable la capacidad general de la libertad en tanto le es consustancial, lo que marca el hecho es que así como “todos los seres humanos son igualmente libres, también y, por consiguiente, todos ellos son igualmente capaces”⁽¹⁵⁾.

A nadie se le puede negar esta capacidad, lo contrario significaría “despellejar” a la persona. Algo así como admitir la existencia de un sujeto sin derechos, una forma de muerte civil. Galinfo Garfias⁽¹⁶⁾ nos dice que quitar a un individuo el goce de derechos civiles, sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación de esclavo del mundo antiguo. No podemos hablar de más o menos persona, sencillamente **se es o no se es**. La incapacidad de goce es inaceptable. Su aceptación iría contra la esencia y dignidad del hombre. Un ser humano con vida no pierde de forma alguna, y por ninguna manera, la calidad de sujeto de derecho; antes sí, con la muerte civil. Hoy puede decirse que esta vieja pena fue sustituida por las incapacidades (prohibiciones a ciertos actos)⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, hay doctrinas que nos hablan de una denominada incapacidad de goce. Los Mazeaud⁽¹⁸⁾ sostuvieron que en principio toda persona física tiene la plena capacidad de goce, excepcionalmente, algunas se ven privadas de ciertos derechos por el legislador, quedando sometidos a una incapacidad parcial de goce. Llambías⁽¹⁹⁾ manifiesta que la carencia de capacidad puede referirse a una u otra de las virtualidades que corresponden a la noción de capacidad; puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica: **incapacidad de derecho** o, puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tiene: **incapacidad de hecho**⁽²⁰⁾. Borda⁽²¹⁾ niega las incapacidades de derecho **absolutas** –semejándolas a la esclavitud y a la muerte civil– al ser

(15) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El histórico problema de la capacidad jurídica”. En: *Diez años. Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, WG Editor, Lima, 1995, p. 123.

(16) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 408.

(17) Mayor referencia Vide. LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 222.

(18) MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Vol. 2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 7.

(19) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. 3ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 380 y ss.

(20) *Ibidem*, p. 380 y ss.

(21) BORDA, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 430.

contrarias al Derecho natural pero admite la existencia de incapacidades de derecho *relativas*.

En nuestro medio, Torres Vásquez señala que: “La capacidad jurídica pertenece a todo ser humano, solo excepcionalmente y por disposición expresa de la ley, una persona puede ser privada de determinados derechos civiles o de otra índole. Por eso, la incapacidad jurídica no puede ser sino especial, pues no priva al incapaz, sino del goce de uno o más derechos determinados y no de todos sus derechos civiles”⁽²²⁾.

La incapacidad no es la falta de derecho sino la incapacidad de obrar⁽²³⁾.

7.1. Supuestos casos de incapacidad de goce

Tobías⁽²⁴⁾ refiere que las restricciones que se suelen enunciar como incapacidades de goce, no son en realidad fenómenos que incidan sobre este tipo de incapacidad, sino exclusiones específicas –configurativas de incompatibilidades– destinadas extinguirse con la terminación de las situaciones que la determinan.

Sin embargo, en las cátedras universitarias se enseñó –y entiendo que aún se sigue haciendo– acerca de la existencia de una incapacidad de goce, justificando la misma con los siguientes ejemplos:

Constitución

El segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución Política del Perú dispone: “(...) dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido (...)”.

(22) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª edición, Idemsa, Lima, 2007, p. 182.

(23) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1998, p. 238.

(24) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 108.

Código Civil

Art.	Supuestos
3	Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo excepciones expresamente establecidas por ley.
24	La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo.
241	No pueden contraer matrimonio: <ol style="list-style-type: none"> 1. Los adolescentes. 2. Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. 3. Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental.
242	No pueden contraer matrimonio entre sí: <ol style="list-style-type: none"> 1. Los consanguíneos en línea recta. 2. Los consanguíneos en línea colateral dentro del 2º y el 3º grado. 3. Los afines en línea recta. 4. Los afines en el 2º grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el excónyuge vive. 5. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad. 6. El condenado como participe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente. 7. El raptor con la raptada o a la inversa.
243	No se permite el matrimonio: <ol style="list-style-type: none"> 1. Del tutor o del curador con el menor o el incapaz. 2. Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos. 3. De la viuda en tanto no transcurran por lo menos 300 días de la muerte de su marido, salvo que die-re a luz.
312	Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de sociedad.
420	En caso de separación, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.
429	El hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aproba-da por el juez la cuenta final.
515	No pueden ser tutores: <ol style="list-style-type: none"> 1. Los menores de edad. 2. Los sujetos a curatela. 3. Los deudores o acreedores del menor. 4. Los que tengan en un pleito propio, o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, interés con-trario al del menor. 5. Los enemigos del menor o de sus ascendientes o hermanos. 6. Los excluidos expresamente de la tutela por el padre o por la madre. 7. Los quebrados y quienes están sujetos a un procedimiento de quiebra. 8. Los condenados. 9. Las personas de mala conducta notoria o que no tuvieran manera de vivir conocida. 10. Los que fueron destituidos de la patria potestad. 11. Los que fueron removidos de otra tutela.
538	Se prohíbe a los tutores: <ol style="list-style-type: none"> 1. Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor. 2. Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor. 3. Disponer de los bienes del menor a título gratuito. 4. Arrendar por más de tres años los bienes del menor.

591	El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador.
646	El sujeto a tutela que sea mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo con voz pero sin voto.
687	Son incapaces de otorgar testamento: 1. Los menores de edad. 2. Los comprendidos en los artículos 43, inciso 2 y 44, incisos 2, 3, 6 y 7. 3. Los que carecen, en el momento de testar de la lucidez mental y de la libertad.
688	Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del 4 grado de consanguinidad y 2 de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.
962	Al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios.
1366	No pueden adquirir derechos reales por contrato: 1. El Presidente y los Vicepresidentes, los congresistas, los ministros, los magistrados, el fiscal, los miembros del JNE, el Presidente y Directores del BCR y el Superintendente de Banca y Seguros, los bienes nacionales. 2. Los prefectos y demás autoridades políticas, los bienes de que trata el inciso anterior, situados en el territorio de su jurisdicción. 3. Los funcionarios y servidores del Sector Público, los bienes del organismo al que pertenecen y los confiados a su administración o custodia o los que para ser transferidos requieren su intervención. 4. Los magistrados judiciales, los árbitros y los auxiliares de justicia, los bienes que estén o hayan estado en litigio ante el juzgado o el tribunal en cuya jurisdicción ejercen o han ejercido sus funciones. 5. Los miembros del Ministerio Público, los bienes comprendidos en los procesos en que intervengan o hayan intervenido por razón de su función. 6. Los abogados, los bienes que son objeto de un juicio en que intervengan o hayan intervenido por razón de su profesión, hasta después de un año de concluido en todas sus instancias. Se exceptúa el pacto de cuota litis. 7. Los albaceas, los bienes que administran. 8. Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes. 9. Los agentes mediadores de comercio, los martilleros y los peritos, los bienes cuya venta o evaluación les ha sido confiada, hasta después de un año de su intervención en la operación.
1367	Las prohibiciones establecidas en el artículo 1366 se aplican también a los parientes hasta el 4º grado e consanguinidad y 2º de afinidad de las personas impedidas.

Otras normas

- Ley de Radio y Televisión - Ley N° 28278

Establece en su artículo 24 que: “Solo pueden ser titulares de autorizaciones y licencias personas naturales de nacionalidad peruana o personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el Perú (...) El extranjero, ni directamente ni a través de una empresa unipersonal, puede ser titular de autorización o licencia”.

7.2. Incapacidad real

Podemos decir que hay casos que sí pueden encuadrarse dentro de una incapacidad de goce:

- El hombre no tiene derecho a abortar.
- El marido no tiene el derecho a llevar el apellido de su mujer agregado al suyo, artículo 24.

CAPÍTULO TERCERO

CAPACIDAD DE EJERCICIO

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Denominación. 3. Definición. 4. Características. 5. Clases. 6. Naturaleza jurídica. 7. Formas de adquisición. 7.1. General. 7.2. Especial. 7.2.1. De forma antelada. 7.2.1.1. Emancipación legal. 7.2.1.2. Pseudocapacidad. 7.2.1.3. Capacidad doméstica. 7.2.1.4. Otros supuestos. 7.2.2. De forma pospuesta. 8. Legitimación y capacidad de ejercicio. 9. Diferencias entre la capacidad de goce y de ejercicio.

1. CONCEPTO

Es la capacidad por antonomasia⁽¹⁾.

Es la capacidad de obligarse. Dinámica⁽²⁾, alterable y activo, en tanto ser que puedo realizar.

Implica aptitud del sujeto de derecho quien está facultado para llevar a la práctica derechos de los cuales tienen la titularidad. Es un *quantum* conmensurable por grados⁽³⁾.

La capacidad de ejercicio está relacionada con la competencia o idoneidad que se tiene para actuar. A través de esta se permiten crear, regular, modificar o extinguir actos jurídicos.

Esta otorga aptitud, *i.e.* que valerse por sí mismo, interactuar en el mundo jurídico.

2. DENOMINACIÓN

Conocida como:

- Capacidad legal.
- Capacidad activa.
- Capacidad de obrar.
- Capacidad de hacer.
- Capacidad negocial.

(1) AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Ob. cit., p. 202.

(2) LETE DEL RÍO, José Manuel. Ob. cit., p. 23.

(3) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 130.

- Capacidad de hecho.
- Capacidad de actuar.
- Capacidad de disfrute.
- Capacidad de negociar.
- Capacidad de voluntad.

Los franceses la llaman capacidad *d'exercise*.

Más comúnmente conocida como capacidad de obrar o de hecho.

3. DEFINICIÓN

Messineo nos indica que: “Es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, esto es, celebrar actos jurídicos”⁽⁴⁾. Como señala Barbero “es la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, esto es, para adquirir, modificar, perder la titularidad de las relaciones”⁽⁵⁾. Para Breccia, Bigliuzzi Geri, Natoli, Busnelli⁽⁶⁾ es la idoneidad de un sujeto para adelantar la actividad jurídicamente relevante por medio de una manifestación de voluntad, considerada consciente y a conciencia por el ordenamiento jurídico. País Vasconcelos⁽⁷⁾ manifiesta, en una visión más concreta, que es la posibilidad que cada persona tiene de actuar personal y directamente, de actuar en el mundo del Derecho.

Para Marcial Rubio “la capacidad de ejercicio es la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene capacidad de goce”⁽⁸⁾.

La capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto de realizar en cabeza propia y por sí mismo actos que produzcan efectos jurídicos.

(4) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 109.

(5) BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I, Ejea. Buenos Aires, 1967, p. 190.

(6) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 129.

(7) PAÍS VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral de Direito civil*. Almedina, Coimbra, 2007, p. 90.

(8) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 150.

4. CARACTERÍSTICAS

Entre ellas tenemos:

- Determinada por ley.
- Se lleva a cabo de forma voluntaria.
- Puede ser limitada por la incapacidad.
- Es un requisito de validez del acto jurídico.
- Permite la producción plena de efectos jurídicos.
- *In dubio pro capacitate*, la capacidad de ejercicio se presume.
- Se adquiere de forma especial cuando la ley se la confiere al sujeto de derecho.
- Implica el **ejercer** y el **recibir**, ambos deben contener el discernimiento del sujeto.
- Se adquiere por la mayoría o por ley y se pierde por la muerte o por incapacidad.
- Presupuesto de hecho: inteligencia y voluntad⁽⁹⁾.

5. CLASES

La capacidad de ejercicio puede dividirse en:

- Capacidad negocial, generar efectos legales.
- Capacidad delictual, ser pasible de condena penal.
- Capacidad procesal, contar con legitimación procesal, sea activa o pasiva.

La que nos importa a efectos de nuestro tema es la primera, la negocial, siempre que tenga efectos privados.

A su vez, como dice Díez-Picazo y Gullón⁽¹⁰⁾, puede ser:

- Plena, es la regla y se presume como tal
- Restringida, es la excepción, debe ser expresa y no puede presumirse

(9) LETE DEL RÍO, José Manuel. Ob. cit., p. 24.

(10) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 230 y 231.

6. NATURALEZA JURÍDICA

Es un atributo de la persona.

La capacidad, término que implica aptitud, es el componente que permite a la persona interrelacionarse válidamente en la sociedad. Una cualidad propia mediante la que se diferencia, distingue, individualiza de los demás como un ser ejerciente de sus derechos.

7. FORMAS DE ADQUISICIÓN

La capacidad se adquiere con las siguientes formas:

Formas de adquisición	General	Mayoría de edad	
	Especial	Antelada	Emancipación
			Pseudocapacidad
			Doméstica
			Otras formas
	Pospuesta		

7.1. General

Es la forma común y simple.

Se adquiere en un momento definido, con la mayoría de edad, a los 18 años. Sin distinción de sexo⁽¹¹⁾.

La edad es el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta un momento determinado en la vida de una persona⁽¹²⁾.

Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad (art. 42) **Presunción de capacidad de ejercicio**. Es el criterio de la mayoría de edad o mayoría. *Full age, full legal age*.

El término **cumplido**⁽¹³⁾ debe entenderse que la mayoría de edad se adquiere con el inicio del día en el cual la persona cumple años, “la persona

(11) Las mujeres de la antigua Grecia empezaban a contar su edad desde que se casaban.

(12) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 9.

(13) El Código de Brasil utiliza el término completo “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

accede a la mayor edad simultáneamente con el inicio del día”⁽¹⁴⁾, exactamente en la media noche (de allí la ceremonia del recibimiento), no a la hora del nacimiento, ni al finalizar el día, ni mucho menos en el día previo. Es con la media noche que se cumple el aniversario dieciocho.

En caso de los *leapers*⁽¹⁵⁾, personas que nacen el 29 de febrero –año bisiesto–, alcanzarán la mayoría el 28 de febrero del año de su aniversario décimo octavo, *i.e.* el último día de dicho mes (art. 183, inc. 2). Opinión distinta tiene Monteiro⁽¹⁶⁾ cuando indica que sería el 1 de marzo.

El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes. (México, art. 24 CCDF). Con la mayoría cesa la patria potestad y, en su caso, la tutela. Indica Fernández Sessarego que: “Se supone, de acuerdo a la realidad social, que a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento”⁽¹⁷⁾.

En el Código del 52 la capacidad se obtenía a los 21 años (art. 12), la misma edad se aplicó en el Código del 36 (art. 8). Es en el año de 1977 que se rebaja la mayoría a los 18 años⁽¹⁸⁾. Esta tendencia de reducir a 18 comienza en Inglaterra (1969) seguida por Francia (1974), Alemania (1974) e Italia (1975).

En Roma la mayoría se adquiría a los 25 años (edad perfecta), *sui iuris*. En el Derecho comparado la mayor edad varía (21 años en muchos estados de Norte América). Además, las edades son distintas para poder ejercer de forma personal la capacidad de ejercicio.

Existe una clara diferencia entre **capacidad de ejercicio** y **ciudadanía**. La primera, trata de una relación privada –poder realizar actos jurídicos válidos; la segunda, trata de una relación pública– poder elegir y ser elegido⁽¹⁹⁾.

(14) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 163.

(15) *Leap year*, año bisiesto.

(16) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 74.

(17) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 164.

(18) Decreto Ley N° 21994, del 15/11/1977.

(19) Constitución. “Artículo 30.- Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral.

Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición

- Regla:** - Quien cumple 18 años es capaz de ejercicio y ciudadano
- Excepción:** - El extranjero es mayor de edad pero no ciudadano
- El menor de edad es capaz para ciertos actos

7.2. Especial

Puede de forma antelada o pospuesta.

7.2.1. De forma antelada

Con la emancipación.

Su antecedente lo tenemos en Roma con la *venia aetatis*⁽²⁰⁾.

Se adquiere en un momento específico, con la emancipación. Esta es la adquisición de la capacidad antes de la edad legal⁽²¹⁾. Una forma de antelar, anticipar la capacidad de ejercicio. La cesación de incapacidad antes de la mayoría se produce con la emancipación. El menor se libera de la patria potestad o de la tutela adquiriendo capacidad plena.

Son las formas a través de las cuales se adquiere de manera especial la capacidad. Están establecidas de forma expresa en la ley.

La emancipación es de dos clases:

- **Expresa**, dada por los padres. Quedó sin efecto con la reducción de la mayoría, operando de manera excepcional⁽²²⁾.
- **Legal**, dada por la ley. Esta es la vigente en nuestro medio.

de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

(20) Institución romana por la cual el Emperador concedía capacidad al varón mayor de 25 años y a la mujer mayor de 18, adquiriendo una capacidad semiplena.

(21) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte general*. 32ª edición, Vol. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 55.

(22) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 149.

7.2.1.1. Emancipación legal

Denominada emancipación de derecho o tácita⁽²³⁾.

Es un caso de adquisición especial de la capacidad plena (art. 46).

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa:

- **Por matrimonio**⁽²⁴⁾. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.
- **Por obtener título oficial** que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La justificación es obvia, el casado y el profesional requieren de independencia en sus actos, de forma que se les libera de la incapacidad, quedando sin efecto la patria potestad o la tutela.

Se produce de forma automática, es ipso iure y es irrevocable.

Estas formas de emancipación no son casos muy comunes pero importa precisar, por ejemplo, que en las Elecciones Presidenciales del 10 de abril de 2011, votaron 70 menores de 18 años que por matrimonio adquirieron capacidad y el correspondiente derecho a sufragio⁽²⁵⁾.

Derecho comparado. Además, en Brasil (art. 5) la emancipación se concede: (I) por los padres, a partir de los 16 años; (II) por el ejercicio de un empleo público; (III) por contar con un establecimiento comercial o civil que el permita una economía propia.

7.2.1.2. Pseudocapacidad

Es una capacidad limitada, dirigida, específica (art. 46)⁽²⁶⁾.

Es para casos especiales. La persona no adquiere capacidad de ejercicio plena, solo adquiere una capacidad para algunos casos, una forma de **semicapacidad**, siempre que cuente con los siguientes supuestos:

- Mayor de 14 años.

(23) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 166.

(24) Sus antecedentes los encontramos en las Leyes de Toro y en el Fuero Real.

(25) *El Comercio*, 06/02/2011, p. A-11.

(26) Ley N° 29274, Ley que modifica el artículo 46 del Código Civil, referido a la capacidad adquirida por matrimonio o título oficial (DOEP, 28/10/2008).

- Nacimiento de un hijo (hubiera sido mejor que se refiera al momento de la concepción).

Cumplidos estos dos supuestos, solo podrá:

- Reconocer.
- Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
- Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos (por extensión debe considerarse los procesos de régimen de visitas).

Refiere Espinoza Espinoza⁽²⁷⁾ que es un caso tratado para los padres menores y que tales facultades no debieran haber sido *numerus clausus* sino analizarse caso por caso según la realidad de cada menor (no puede ser capaz para unas cosas e incapaz para otras), por ejemplo, se le faculta para que demande alimentos pero no para que pueda conciliarlos en una transacción.

7.2.1.3. Capacidad doméstica

Es una capacidad plena para actos ordinarios, básicos, sencillos, simples y rutinarios del menor, *neccessarie acts*, relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Un incapaz puede ser capaz siempre que tenga discernimiento. Así, los incapaces con discernimiento son capaces para realizar actos propios de su vida cotidiana, *Malitia supplet aetatem*: La malicia compensa la minoridad. El menor se encuentra protegido de sus obligaciones solo en materia contractual, no en materia delictual o cuasidelictual.

Antecedentes

El Código de 1936 trató categóricamente la nulidad del acto jurídico cuando fuere practicado por persona absolutamente incapaz (art. 1123, inc. 1). No consideró ningún tipo de excepción ni permisibilidad a la celebración de contratos de contenido singular. Sin embargo, trató algunos casos en los que el defecto de capacidad no impedía su existencia como era el mutuo (art. 1575, permitía que el incapaz relativo actuara como mutuuario

(27) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 925.

para atender a su alimentación), depósito (art. 1695, depósito voluntario de bienes de incapaces) y extinción de pago (art. 1240, pago al incapaz)⁽²⁸⁾.

El Código de 1984 es más orgánico y pone al día la práctica contractual.

El artículo 1358 es un aporte interesante y útil del codificador. Representa un gran avance en nuestra legislación dando un paso al frente en la liberación de la contratación y la integración de los incapaces en el medio jurídico.

Artículo 1358.- “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”.

Generalidades

La norma reconoce una realidad, la vida de relación de las personas.

No por el hecho de adolecer de una incapacidad el sujeto se puede ver privado de ser parte del trato económico de la sociedad, sobre todo frente a la realización de actos relacionados con su propia existencia o subsistencia, de su vida cotidiana y quehacer doméstico. Contratar es beneficiarse y ello es parte del desarrollo e interacción del hombre. Limitar las acciones primarias de la persona es negar su propia existencia. La ley protege a las partes contratantes y facilita sus relaciones jurídicas, no es la idea poner límites sino fijar pautas de desenvolvimiento, “un menor, no es incapaz de contratar; más bien es incapaz de lesionarse por los contratos que celebre”⁽²⁹⁾.

La satisfacción de necesidades, sean básicas y secundarias, no es de exclusividad de los mayores de edad o de las personas con capacidad. Es más, hoy en día, los niños forman parte de una masa de consumidores fuerte en el mercado. Como dice Arias Schreiber en su *Exégesis* si nos ciñéramos a las reglas de incapacidad, sin un precepto como el consagrado en el Código, estas adquisiciones serían nulas “lo que ciertamente no se compeadece con las exigencias de la vida cotidiana”⁽³⁰⁾.

(28) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El derecho de los contratos*. Tomo I, Minerva, Lima, 1978, p. 111.

(29) PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Primera serie, Volumen 8, Biblioteca clásicos de Derecho, University Press, Oxford, 1999, p. 847.

(30) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. 2ª edición, Tomo I, Lib. Studium, Lima, 1987,

El derecho a contratar de los incapaces con discernimiento es el reconocimiento de un derecho patrimonial indispensable en aquellas personas que requieren ser protegidas y amparadas por la ley de una manera especial, sobre todo respecto de aquellos actos jurídicos económicos que realizan y que son parte de su actividad cotidiana y de sus propias vivencias. El hecho de ser incapaz no es un límite a la celebración de contratos y menos de aquellos vinculados con las necesidades ordinarias de la vida diaria.

Por el contrario la ley reconoce la validez de las transacciones básicas y elementales.

Delimitación

La norma en comentario permite que el incapaz con discernimiento pueda por sí mismo celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. No requiere la intervención, consentimiento o autorización de sus padres, tutor o curador en todo caso existe una presunción ficticia de autorización de estos⁽³¹⁾. Fernández Sessarego, autor del *Libro de Personas*, con claridad dice que: “Es normal que los menores de dieciséis años no privados de discernimiento celebren cotidianamente contratos vinculados con las actividades ordinarias de su vida diaria. No es excepcional que un menor en edad escolar adquiera útiles de escritorio o golosinas o se movilice a su centro de estudios utilizando un medio de transporte público”⁽³²⁾. Adquiere una entrada para el cine o preste dinero a sus amigos.

Es una norma de excepción a la regla de la validez del acto jurídico de manera que la capacidad de ejercicio requerida al agente es dejada de lado, no se sanciona con nulidad el acto jurídico al existir una capacidad de ejercicio especial. Con más claridad “se trata de una **capacidad de obrar especial plena** dado que los incapaces pueden celebrar libremente, por sí solos, todos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”⁽³³⁾. Este tipo de contratos tiene una validez excepcional. La

p. 108.

(31) GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 108.

(32) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., pp. 129 y 130.

(33) Manuel De la Puente y Lavalle refiere que la capacidad de obrar o de ejercicio puede ser **general** o **especial**. La **capacidad general plena** es la facultad del sujeto a realizar toda clase de actos (art. 42); con la **capacidad general atenuada** se permite que el sujeto puede celebrar toda clase de actos aunque para algunos requiere la intervención de terceros (art. 456); la **capacidad plena**

norma es coherente en el marco de “una teoría de la nulidad afincada no en criterios estrechos sino escrutadora de los intereses en juego y de las apariencias jurídicas de validez que deben cautelarse incluso cuando no se afecte directamente el orden, intereses públicos y derechos de terceros”⁽³⁴⁾.

Los supuestos de la norma son:

Incapacidad

La parte legitimada para contratar es el incapaz.

En términos generales cualquiera de los incapaces considerados en los artículos 43 y 44 del Código se encuentran facultados para contratar dentro de los lineamientos de la norma.

Discernimiento

El incapaz debe contar con discernimiento, entendimiento, comprensión. Es lo que Breccia, Bigliazzi Geri, Natoli, Busnelli⁽³⁵⁾ denominan capacidad de entender y de querer.

En el ámbito contractual el consentimiento es consecuencia del discernimiento.

Los actos considerados por los usos como la **vida corriente** deben regirse por el criterio del discernimiento y no por el de la capacidad⁽³⁶⁾. La validez del contrato depende del discernimiento. De la Puente y Lavalle refiere que “debe partirse del concepto de que ellos [los incapaces] puedan darse cuenta, no necesariamente de sus consecuencias jurídicas, sino de distinguir lo que están obteniendo mediante el contrato, o sea que es distinto adquirir una golosina que un cuaderno, o asistir a un cine que a un espectáculo deportivo”⁽³⁷⁾.

especial permite la celebración de ciertos actos jurídicos (art. 455) y la **capacidad especial atenuada** es la facultad para la realización de determinados actos con asistencia de terceros (art. 457). Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y Tomo III, PUCP- Fondo Editorial, Lima, 1998, pp. 378 y 379.

(34) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987, p. 396.

(35) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 135 y ss.

(36) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 148.

(37) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil”. Ob. cit., p. 384.

Derecho a contratar

Se reconoce a los incapaces con discernimiento el derecho propio a celebrar contratos, siendo más objetivos a celebrar actos jurídicos de contenido económico. En la relación contractual puede intervenir como parte uno, dos o más incapaces. Es más, ambas partes pueden tener dicha calidad.

¿Qué se entiende por celebrar? Todo aquello que menciona el artículo 1351: crear, regular, modificar o extinguir. Con un razonamiento *a pari* es lógico entender que si bien el incapaz tiene derecho a celebrar contratos esto implica que pueda, también, abstenerse a celebrarlos lo que está permitido por su capacidad de discernimiento. En este último caso es el ejercicio legítimo del derecho a contratar y de la libertad a contratar.

La permisibilidad y validez está en el hecho de que el contrato cumple con todas las características consideradas por la doctrina: normatividad, subjetividad, voluntariedad, eticidad y conmutabilidad⁽³⁸⁾, además que su celebración en nada perjudica al menor, por el contrario lo beneficia siendo parte de la satisfacción de sus necesidades y de su desarrollo. Borda menciona que, sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos **pequeños contratos** son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero **tolerados**, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible, que aunque el legislador los prohibiera expresamente seguirán cumpliéndose”⁽³⁹⁾.

Necesidades ordinarias de la vida diaria

Este punto es subjetivo o en todo caso de mucha variedad.

¿Qué se puede considerar necesidad ordinaria de la vida diaria?

Depende de la persona, de sus requerimientos, de su experiencia, de su actividad, de su quehacer. La edad, educación, costumbres, labores (entre otros) deben tenerse en consideración. No hay una regla estricta y queda supeditado o subordinado a cada situación.

(38) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983, p. 132.

(39) BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 240.

Lo que sí podríamos decir es que normalmente se trata de contratos consensuales. Sin duda, la voluntad es esencial para la génesis contractual en las relaciones jurídicas entre los menores y, es aquí donde debe considerarse que la formación de los contratos, en especial la oferta y la aceptación (planteamiento claro y preciso de Marcelo Leal⁽⁴⁰⁾), se está adecuando a la modernidad y a sus nuevos actores, exigiendo un tratamiento práctico –formativo en paralelo (actores, formación, oferta, aceptación). Ahora bien, puede tratarse de relaciones contractuales sencillas, intrascendentes –pequeños contratos⁽⁴¹⁾– como de contratos más complejos. La idea es determinar la utilidad que representa. Desde ya las más diversas formas de contratación vinculan a los incapaces, veamos:

- Compraventa: Golosinas, ropa, libros, juguetes.
- Arrendamiento: Videos, bicicletas, espacios deportivos (canchas de fútbol).
- Permuta: figuritas de álbumes, juguetes.
- Mutuo: Préstamo de dinero.
- Comodato: Préstamo de bienes.
- Prestación de servicios: Transporte.

El objeto debe estar referido a actividades inherentes a su desenvolvimiento como es la alimentación, salud, vestido, recreación, trabajo, deporte o educación (entre otros), es decir todo aquello que permita su desarrollo personal. A decir de Arias Schreiber “existen hechos en la vida diaria que sería absurdo exigirle a un menor de edad que acredite su capacidad de ejercicio, o que sus representantes legales lo acompañen a los establecimientos comerciales para adquirir por ejemplo golosinas o cualquier otro bien”⁽⁴²⁾. No necesariamente se trata de contratos pequeños, simples, domésticos o cotidianos sino que deben tener “significación personal y existencial” en el sujeto que lo realiza. En su tesis doctoral Couto e Silva nos dice que los actos de tipo existencial se refieren a las necesidades básicas del individuo tales como la alimentación, vestido, agua, etc. Nadie podrá pensar que son inválidos en la medida en que se celebran dentro de

(40) LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo. “A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno”. En: *Revista de Direito Privado*. Nº 15, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, julho-setembro, 2003, p. 243 y ss.

(41) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 147.

(42) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 108.

modelos normales y adecuados. El número de actividades que se inserta en la esfera de lo necesario o existencial depende del uso y concepciones de cada pueblo, siempre, dentro de un mínimo común. Un niño de cuatro años puede comprar golosinas en un servicentro, uno de ocho podrá adquirir entradas para el cine y otro de quince podrá comprarse una bicicleta. Lo que si no podría ser es que el primero pretenda ir con sus amigos al cine o que el segundo compre una bicicleta; el tercero sí podría realizar cualquiera de las dos actividades anteriores. Es cuestión de cada caso. Por la utilidad que representan estos contratos nadie puede dudar que sean válidos, salvo supuestos de explotación de la inexperiencia del menor⁽⁴³⁾.

El tema de la contratación del incapaz puede estar referido tanto a la contratación individual (con capacidad de negociación) como a la contratación en masa (sin capacidad de negociación) lo que es tratado claramente el artículo 1396 en el que “la relación se genera de pleno derecho por el solo hecho del consumo del bien o la utilización del servicio por parte del consumidor”⁽⁴⁴⁾. La naturaleza de este tipo de relaciones es que revisten el carácter de **involuntarios ilícitos** y que producen por asimilación, consecuencias análogas al contrato⁽⁴⁵⁾.

Bien menciona Gordillo⁽⁴⁶⁾ que ese conjunto de actos ordinarios y menores –*atti minuti della vita quotidiana* como se diría en Italia– en los que el incapaz proyecta su esfera de actuación congrua (*i.e.* mínima, necesaria), sin perjuicio suyo o ajeno y sin mediar contradicción de nadie, cuentan con todo el respaldo del Derecho. Lo contrario sería tanto como abocar el Derecho al terreno de lo irreal y de lo absurdo. Nadie podría sostener que el menor no pueda adquirir por sí mismo un mendrugo de pan o ejercitar modestas actividades retribuidas. Obviamente, por más discernimiento que tenga el incapaz jamás podrá celebrar contratos de disposición de su patrimonio. Estos actos jurídicos deberán ser realizados por sus representantes y, en caso especial, con autorización judicial.

(43) BORDA, Alejandro. “La capacidad”. Ob. cit., pp. 172 y 173.

(44) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. Ob. cit., pp. 174 y 175.

(45) GHERSI, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 108.

(46) GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 214.

De lo ordinario a lo complejo. Reflexiones modernas

Frente al formulismo legal se presenta la teoría de la voluntariedad cuando media la salud del sujeto. Entonces no solo debe pensarse en contratos sencillos o de objeto simplista. Existe una corriente en el Derecho comparado referida a la **mayoría anticipada para el acto médico**, tratada brillantemente por Aida Kemelmajer de Carlucci. Se funda en que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Con esta lógica el acto médico requiere del paciente por un lado el ejercicio legítimo del derecho a contratar el tratamiento y, por otro, el consentimiento para la intrusión en el cuerpo⁽⁴⁷⁾.

Esta teoría tiene su origen en el caso *Gillick* que crea una posición jurisprudencial orientada bajo la tesis siguiente: el menor es *Gillick competent* si alcanzó la aptitud suficiente para comprender y la inteligencia para manifestar su voluntad al tratamiento médico propuesto, si no es *Gillick competent*, o no tiene 16 años, el consentimiento será dado por sus padres o tutores. Entonces ya no se trata solo de la validez de contratos sencillos, sino que estamos hablando de la validez de contratos sobre el cuerpo de un incapaz, que tiene todo el derecho de manifestar su voluntad y decidir la ejecución del mismo.

El Derecho comparado reconoce este derecho de los menores e incapaces. En Canadá la capacidad para decidir el acto médico se alcanza a los 14 años, igual consideración la establece el Código de Quebec (art. 14). La jurisprudencia española ha determinado que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberían ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 del CC) y, tratándose de intervenciones quirúrgicas, se requiere su consentimiento.

Cuentas bancarias de menores de edad. Disposición de fondos

La cuenta bancaria facilita la disposición de fondos y permite concretar operaciones comerciales de una forma ágil y segura. Siendo un contrato, estas cuentas deberían estar disponibles de la gran mayoría de personas, sobre todo de aquellas que la necesitan y es que el acceso al mercado financiero es un derecho de la persona.

(47) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "El derecho del menor a su propio cuerpo". En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 256 y ss.

La minoría de edad no debe ser un obstáculo para la apertura y operatividad de cuentas bancarias siendo solo cuestión de encontrar la forma para lograr el correcto uso, sobre todo cuando hay un menor de por medio a fin de ajustarse a las exigencias legales y el legítimo interés de este.

Si realizamos un análisis contemporáneo del artículo 1358 del Código Civil podríamos asumir válidamente que un menor no solo puede ser titular de una cuenta bancaria sino que podría manejarla, de forma individual o a través de sus padres o tutor. En efecto, este artículo permite la contratación de los incapaces no privados de discernimiento respecto de las necesidades ordinarias de su vida diaria. De acuerdo a la realidad económica y al mercado, actualmente es de necesidad que los menores de edad no solo pueden sino deban tener acceso a las operaciones bancarias, pudiendo manejar ordenada y adecuadamente su patrimonio.

Sin embargo, existiría una supuesta limitación legal: la enajenación de bienes de un menor, cuando se trata de actos que exceden de los límites de la administración, solo puede realizarse con autorización judicial, conforme lo manda el artículo 447 del Código Civil y artículos 109 y 110 del Código de los Niños y Adolescentes. Estas normas no establecen excepciones y son de orden público, por lo que la disposición unilateral o sin autorización judicial produciría la nulidad de los actos de disposición, aunque es poco probable que ello suceda en la medida que solo puede ser planteada por el propio hijo, sus herederos o representante legal, conforme al artículo 450 del Código Civil.

Deben habilitarse cuentas bancarias especiales, destinadas exclusivamente para el depósito y retiro del dinero que recibe el menor de sus padres o de terceros en calidad de propinas o pequeñas recompensas, *i.e.* de dinero de inmediata circulación. No pueden ser utilizadas para el depósito de sumas de dinero provenientes de beneficios previsionales (AFP), indemnizaciones, herencias, donaciones o cualquier otro acto de liberalidad que, así como pueden ser sumas cuantiosas son, per se, extraordinarias y de exclusiva titularidad del menor.

Las entidades bancarias deben considerar que la apertura y disposición de los fondos dependerán de ciertos límites a efectos de evitar abusos o excesos. Así como los padres pueden disponer libremente de los bienes de sus hijos, en mérito de su facultad de administración (art. 423, inc. 7 del Código Civil) también podrían realizar transacciones bancarias con el dinero que en las cuentas bancarias existe, tomando como premisa que

se trata de dinero que será utilizado para satisfacer las necesidades personales, directas e inmediatas del menor de edad.

Derecho comparado

La norma analizada es no ha tenido un tratamiento extendido en el Derecho comparado. El Código alemán tiene reglas abiertas para la contratación del menor, considerando que si el menor no tiene limitada su capacidad para emprender negocios jurídicos, su propia aprobación ocupa el lugar de la ratificación del representante (art. 108, 3), asimismo el contrato con el menor será válido si lo realiza con las facultades correspondientes (art. 110). El Código de Quintana Roo (art. 533) no sanciona con nulidad los actos jurídicos realizados por el menor sujeto a patria potestad o a tutela, antes o después del nombramiento del tutor, cuando tenga experiencia en dichos actos. El Proyecto de Código argentino dice que a partir de los catorce (14) años el menor tiene capacidad para otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo, y para estar en juicio relativo a él (art. 25, c).

7.2.1.4. Otros supuestos

Otras salvedades o excepciones a la incapacidad de ejercicio son:

- El mayor de 16 años puede casarse, arts. 241 inc. 1 y 244.
- El mayo de 10 años prestará su asentimiento para ser adoptado, artículo 378, inc. 3.
- Facultad del menor para aceptar donaciones y legados, artículo 455.
- El mayor 16 puede obligarse y renunciar derechos autorizado por padres artículo 456.
- El menor capaz de discernimiento puede trabajar con autorización de padres, artículo 457.
- El menor capaz de discernimiento responde por daños causados por sus actos ilícitos, artículo 458.
- El mayor 16 puede se le consultará los actos de administración de sus bienes, artículo 459.
- Facultad para recurrir al juez contra los actos del tutor, artículo 530.

- A los 16 años cumplidos decide sobre los actos de su tutor, artículo 533.
- El mayor de 14 puede pedir la remoción de su tutor, artículo 557.
- El menor casado puede testar, artículo 687.
- El incapaz de ejercicio con discernimiento responde por los daños causados, artículo 1975.

7.2.2. De forma pospuesta

Son aquellos casos en los que la capacidad de ejercicio, para ciertos actos, se adquiere luego de los 18 años.

Por ejemplo: Para ser Presidente de la República o Defensor del Pueblo, 35 años (arts. 110 y 161, Const., respectivamente).

8. LEGITIMACIÓN Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

La legitimación es la capacidad reconocida por ley para realizar un acto jurídico per se.

Puedo tener capacidad de ejercicio pero no legitimación. V. gr. Un padre no puede vender los bienes de sus hijos si el juez no se lo autoriza.

9. DIFERENCIAS ENTRE LA CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

Todos los hombres y mujeres tienen, por su propio ser y desde el instante mismo de la concepción, capacidad de goce pero no de ejercicio. Esta última depende de la concurrencia de una serie de circunstancias dichas por la ley⁽⁴⁸⁾.

(48) LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho Civil: Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 12ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p. 243.

Capacidad de ejercicio

Entre las principales diferencias entre una y otra capacidad tenemos:

	Capacidad de goce	Capacidad de ejercicio
Noción	Sentir Pasiva Denota Titular Libertad Implicita Disfrutar Subjetividad Potencialidad Mundo interior Derechos subjetivos	Obligarse Activa Connota Idóneo Integridad Explicita Ejecutar Objetividad Factibilidad Mundo exterior Acto jurídico
Contenido	Facultad para ser titular de derechos	Aptitud para ejercer actos jurídicos
Características	Limitada Se adquiere con la concepción y termina con la muerte Existe per se Propia y natural No hay incapacidad	Limitada Se adquiere por la mayoría o por ley y se pierde por la muerte o por incapacidad Determinadas por la ley Protege al sujeto y terceros Incapacidad
Similar	Potencialidad	Factibilidad
Derecho	Derecho a la libertad	Derecho a la vida, salud, integridad
Restricción	No se puede restringir	Se puede restringir
Beneficiarios	La tienen todos los seres humanos	No todos la tienen
Otros nombres	Capacidad jurídica Capacidad de derecho Capacidad pasiva	Capacidad de hecho Capacidad de obrar Capacidad activa
Metáfora de los derechos	Cuando revolotean las mariposas dentro de mí	Cuando abro la puerta y saco a las mariposas
Mundo	Interno	Externo
Incapacidad	No existe incapacidad	Existe incapacidad
Igualdad	El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles	

CAPÍTULO CUARTO

INCAPACIDAD

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Características. 7. Naturaleza jurídica. 8. Principios. 9. Clases. 9.1. Incapacidad absoluta. 9.1.1. Causales. 9.1.2. Efectos. 9.2. Incapacidad relativa. 9.2.1. Causales. 9.2.2. Efectos. 9.3. Especial. 9.3.1. Causales. 9.3.2. Efectos. 9.4. Natural. 9.4.1. Causales. 9.4.2. Efectos. 10. Proceso de interdicción. 10.1. Inhabilitación. 11. Representación de los incapaces. 11.1. Patria potestad. 11.2. Tutela. 11.3. Curatela. 12. Incapacidad e invalidez del acto jurídico. Anexo. Capacidades especiales.

1. INTRODUCCIÓN

La capacidad de ejercicio puede sufrir limitaciones, restricciones en el actuar de los derechos, *capitis de diminutio*.

El principio general que se desprende de la lectura del artículo 42 es que, fuera de los supuestos de excepción (artículos 43 y 44), se presume que la persona tiene plena capacidad de ejercicio, siempre que no se haya demostrado su incapacidad. Según Espinoza Espinoza⁽¹⁾ del Código del 84 pareciera deducirse todo lo contrario, algo así como de *lege lata*, un Código de incapacidades y de *lege ferenda*, un Código de capacidades.

2. ANTECEDENTES

La incapacidad fue tratada de manera distinta en la normativa nacional.

El Código del 52 solo hablaba de incapacidad absoluta, siendo el Código del 36 el que introduce la incapacidad relativa, imponiendo este doble sistema.

(1) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 917.

Código del 1936		Código del 1852
Absoluta	Relativa	Absoluta
Artículo 9.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de 16 años; 2.- Los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento; 3.- Los sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable; 4.- Los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada.	Artículo 10.- Son relativamente incapaces los mayores de 16 años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior.	Artículo 16. Son incapaces: 1. Los locos 2. Los fatuos 3. Los pródigos declarados, para todas las acciones que determina la ley.

Las incapacidades han ido liberándose, cada vez son menos.

Antes eran incapaces los ausentes, analfabetos, viejos, esclavos y mujeres casadas, los sacerdotes confesos (vida claustral); hoy, todos ellos, son capaces.

3. CONCEPTO

Es un límite, privación, una restricción de poder hacer⁽²⁾.

La incapacidad es causa de inexistencia de capacidad (minoría de edad) o de pérdida de la misma (interdicción).

La incapacidad es ausencia de capacidad del sujeto.

4. DENOMINACIÓN

Llamada interdicción, inhabilitación.

A su sujeto se le llamó disminuido, vulnerable, dependiente, diferente, persona necesitada de protección, discapaz, privado de capacidad, inhabilitado, incompetente, retardado, interdicto, entredicho. En Roma *alieni iuris*.

En el Derecho comparado, *incapeble* (inglés), *handicappato* (Italia).

Todos estos términos, e incluso el más común “incapaz”, resultan peyorativos, distintivos, denigrantes, vejatorios. Es mejor referirnos a persona

(2) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 270.

con capacidades especiales, persona con capacidad limitada o sujeto con capacidad restringida⁽³⁾.

Hay una diferencia entre incapaz y persona con discapacidad. Todo incapaz es una persona con discapacidad mientras que no toda persona con discapacidad es incapaz.

Sin embargo esta regla no es rígida, se flexibiliza.

Es incapaz pero no discapaz (el menor de edad, el pródigo, el mal gestor, el inhabilitado). Es discapaz pero no incapaz (sordomudo, ciego mudo o sordomudo).

El Reglamento de la Ley general de la persona con discapacidad⁽⁴⁾ indica “la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones”. Según Ley general de la persona con discapacidad⁽⁵⁾ “La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

5. DEFINICIÓN

Silvio Rodrigues⁽⁶⁾ nos dice que es el reconocimiento de la inexistencia, en una persona, de aquellos requisitos que la ley considera indispensables para el ejercicio de sus derechos. Para Galindo Garfias⁽⁷⁾ es la carencia de aptitud para que la persona, con capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

La incapacidad es la falta de aptitud jurídica para ejercer derechos, asumir obligaciones y realizar actos jurídicos.

6. CARACTERÍSTICAS

La incapacidad presenta las siguientes características:

(3) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 871 y ss.

(4) Artículo 8 del D.S. N° 002-2014-MIMP, DOEP, 08/04/2014.

(5) Artículo 2 de la Ley N° 29973, Ley general de la persona con discapacidad (DOEP, 24/12/2012).

(6) RODRIGUES, Silvio. Ob. cit., p. 39.

(7) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 407.

- **Excepción**

La capacidad se presume mientras que la incapacidad debe probarse.

La capacidad es la regla, la incapacidad excepción⁽⁸⁾. De la lectura del artículo 42 partimos de la premisa que las personas naturales tienen plena capacidad de ejercicio⁽⁹⁾.

Declarada incapaz una persona deja de funcionar la presunción de capacidad, no teniendo valor la prueba de que el sujeto haya realizado un acto con los requisitos de conocimiento y voluntad⁽¹⁰⁾.

- **Legal**

La incapacidad debe surgir de una disposición legal explícita⁽¹¹⁾, *i.e.* provienen de la ley.

No existen otras incapacidades que las consagradas en la ley, son tratadas como *numerus clausus* y no cabe hacer de las mismas una interpretación *in extenso*, por el contrario esta debe ser *stricto sensu*. La incapacidad no puede entenderse por analogía a otros supuestos no previstos en la norma⁽¹²⁾.

No procede la incapacidad o la limitación al ejercicio de derechos establecida a través de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*⁽¹³⁾.

- **Subsumir**

Dice Bercovitz⁽¹⁴⁾ que el tipo de incapacidad, entiéndase causales, es excluyente una de otra. No pueden coincidir dos incapacidades distintas en una misma persona; en caso de darse debe someterse a la persona a aquella causal de incapacidad que suponga mayores límites a su capacidad.

(8) MAZEAUD Henry, Jean y León. *Derecho civil* (Obligaciones). Tomo I, traducción de Luis Andorno, Zavalía editor, Buenos Aires, 1997, p. 300.

(9) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Presunción de capacidad de ejercicio". En: *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 289.

(10) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Ob. cit., p. 78.

(11) Como prescribe el artículo 1446 del Código Civil de Chile: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

(12) ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 169.

(13) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 140. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 270.

(14) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Ob. cit., p. 78.

- **Vía judicial**

Su declaración debe ser solicitada vía jurisdiccional. Deben ser probadas en proceso judicial, siendo el juez quien la declara.

Los jueces no pueden declarar incapacidades cuando la ley expresamente no las sanciona.

- **Principio *pro debile***

Existe el criterio *pro debile* o *in favor debile* mediante el cual el juez, aplicando su criterio discrecional, puede declarar la incapacidad que considere pertinente. Así, a pesar de haberse solicitado la declaración de incapacidad absoluta, el juez puede decretar la incapacidad relativa.

Las incapacidades son establecidas en interés del incapaz o de su familia, tienen un criterio tutelar⁽¹⁵⁾.

- **Protectivo**

Más que restringir, su fin es proteger.

Dice Pereira⁽¹⁶⁾ que la ley no instituye un régimen de incapacidades con el propósito de perjudicar a aquellas personas que las padece, al contrario, con este instituto les ofrece una protección.

- **Representación**

La incapacidad de ejercicio puede ser suplida por la representación (salvo testamento, artículo 690; en el matrimonio debe estar presente por lo menos uno de los contrayentes, artículo 264; también en el caso de reconocimiento).

La representación puede ser automática (patria potestad o tutela) o por designación judicial (tutela, curatela).

El representante no tiene capacidad de ejercicio respecto de los derechos que de su representado realiza, lo que tiene es poder de representación.

(15) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 432.

(16) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 272.

7. NATURALEZA JURÍDICA

La incapacidad es aquella institución jurídica que limita el actuar de los derechos. Es un mecanismo de la ley mediante el cual se limita la realización de derechos. Es una restricción legal.

Está relacionada con el poder de discernimiento (capacidad de entendimiento, poder decisión), limitando el proceso volitivo y la libertad en sí en sus diversas etapas:

- Formación de la voluntad.
- Decisión de la voluntad.
- Ejecución de la voluntad.

8. PRINCIPIOS

La incapacidad se rige por los siguientes principios:

- Quien afirma la incapacidad debe probarla.
- La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción.
- Las incapacidades son interpretadas de forma restrictiva.
- No hay incapacidad sin texto impreso, se rige por la tipicidad.
- Se sustenta en un criterio igualitario. Tan incapaz puede ser el hombre como la mujer; se descarta la incapacidad de esta última o, que por cuestiones de pubertad, pueda antes alcanzar la capacidad.
- Incapacidad es limitar el ejercicio de un derecho, puede cesar por representación; la falta de legitimación es la prohibición de realizar cierto acto jurídico en la que no cabe la representación. V. gr., puede ser una persona capaz de ejercicio pero no está legitimada para reconocer un hijo en nombre de otra persona, ni para faccionar testamento de tercero.

9. CLASES

Todas las personas son capaces tanto de hecho como de derecho, salvo que la ley establezca su incapacidad o la misma sea decretada judicialmente. En función de tal naturaleza excepcional, el Derecho se interesa en establecer y regular cuidadosamente las incapacidades.

Así tenemos:

Capacidad		
Concebido, menor de 16	Mayor de 16 y menor de 18	Mayor de 18
Incapaz absoluto	Incapaz relativo	Capaz de ejercicio
Puede dotársele de una capacidad		Puede ser declarado incapaz
Capacidad de goce		

Las incapacidades pueden deberse:

- **Aspecto natural**, establecido por la naturaleza: edad, enfermedad (aspecto biosíquico).
- **Aspecto civil**, establecido por la ley: pródigo, ebrio, toxicómano, condenado (aspecto moral).

Siguiendo el criterio de Freitas manifestado en su *Esboço*⁽¹⁷⁾ (arts. 41, 42 y notas), la incapacidad puede ser tratada en su aspecto patológico, en dos aspectos, la incapacidad absoluta y la relativa⁽¹⁸⁾, lo que se denomina los grados de incapacidad:

9.1. Incapacidad absoluta

Llamada incapacidad plena o total.

Es aquella ineptitud legal que priva totalmente al sujeto de la posibilidad de realizar actos jurídicos por sí mismo.

Estos incapaces son totalmente inaptos al ejercicio de sus actividades de la vida civil⁽¹⁹⁾.

Son incapaces absolutos aquellos que no pueden ejercer sus derechos o celebrar actos jurídicos debido a que carecen de edad (minoría) o de discernimiento (voluntad). Ab initio, ningún acto les está permitido.

La incapacidad absoluta proviene de la imposibilidad de la persona de expresar una voluntad de allí que el efecto sea la nulidad de los actos realizados.

(17) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil, Esboço*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negócios interiores, 1952, p. 45 y ss.

(18) Borda no coincide ni está de acuerdo con esta clasificación manifestando que esta clasificación es extraña en el Derecho europeo (Cfr. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Ob. cit., p. 433 y ss).

(19) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., 2004, p. 273.

Como su nombre lo indica es absoluta, general, integral, total, debido a que el actuar del sujeto no puede generar ninguna consecuencia jurídica. Requieren ser representados.

Respecto a la duración puede ser:

- **Permanente**, casos irreversibles de privación de discernimiento. La causa que la origina debe perdurar. Cuando cesa la causa, el sujeto recupera su capacidad.
- **Temporal**, cuando se refiere a los menores de 16 años (no a casos momentáneos como pueden ser la ebriedad, toxicomanía).

9.1.1. Causales

Los incapaces absolutos están contenidos en el artículo 43 del Código, son los siguientes:

- **Los menores de 16 años (inc. 1)**
- Los que se encuentran privados de discernimiento (inc. 2)

La edad y el discernimiento son las únicas razones atendibles para privar a la persona de la capacidad de ejercer sus derechos.

El texto original del Código establecía un inciso 3⁽²⁰⁾: “Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”, supuesto derogado tomando en cuenta que hoy resulta improbable encontrar a sujetos cuyas deficiencias sensoriales lo limiten a actuar, a contrario sensu están totalmente integrados en la sociedad.

- Los menores de 16 años

Es el caso de la minoría de edad, la minoridad, *minority*. Menor impúber. Impúber.

Fijar la incapacidad en mérito de la edad es evidentemente arbitrario⁽²¹⁾.

Existen dos corrientes respecto del menor, aquella que por regla lo considera capaz y otra que por regla lo considera incapaz.

(20) Inciso derogado por la Ley N° 29973, Ley general de la persona con discapacidad (DOEP, 24/12/2012).

(21) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 274.

Incapacidad

Tesis respecto del menor de edad			
Capacidad se presume		Incapacidad se presume	
Regla	Excepción	Regla	Excepción
Capaz	Incapaz	Incapaz	Capaz
Potencialmente capaz	La ley lo incapacita	Fundamentalmente capaz	La ley lo capacita

Lo que busca el sistema jurídico es tutelar el interés del menor de los perjuicios que pudiera ocasionarle los negocios que celebre. El fin de la norma es protectorio, la edad y el desarrollo incompleto de las facultades mentales del menor; como dice Tobías⁽²²⁾, su insuficiente madurez no le permite darse cuenta de sus actos⁽²³⁾. Manifiesta Messineo que el menor de dieciséis años no tiene “un estado psíquico de idoneidad para entender y querer”⁽²⁴⁾. Para Pereira⁽²⁵⁾ el verdor de los años y la consecuente inexperiencia, el incompleto desenvolvimiento de las facultades intelectuales y la facilidad de dejarse influenciar por otros, así como la falta de autodeterminación y auto orientación imponen al menor una completa abolición de su capacidad de acción.

Siendo menor, se supone un reducido desarrollo síquico y una falta de experiencia de vida.

Excepción. La minoridad es una regla general de la incapacidad pero tiene excepciones. Por principio los menores de 16 años son incapaces pero capaces por excepción (la madurez está en la mente no en la edad).

El menor de 16 años puede celebrar los siguientes actos jurídicos:

Arts.	Supuesto
378-4	El adoptado mayor 10 años debe asentir su adopción
393	Con 14 años se puede reconocer
407	La madre menor de edad puede solicitar la declaración judicial de paternidad de su hijo
421	Los padres menores gozan de la patria potestad
455	El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, herencia y legados puros y simples
457	El menor capaz de discernimiento puede trabajar con autorización de padres
458	El menor capaz de discernimiento responde por daños causados por sus actos ilícitos
530	El mayor de 14 años puede recurrir al juez por los actos de su tutor
557	El mayor de 14 años puede pedir la remoción de su tutor
687	El menor casado puede testar

(22) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 141.

(23) ALESSANDRI BESA, Arturo. *Nulidad y rescisión en el Código Civil*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1949, p. 459.

(24) MESSINEO, Francisco. Ob. cit., p. 110.

(25) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 274.

1358	Los menores no privado de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con su vida diaria
1975	El incapaz de ejercicio responde por los daños causados con discernimiento

Téngase en cuenta que la Convención de los derechos del niño considera: “Artículo 121. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

- **Privación de discernimiento**

Es una forma de eclipse de la conciencia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Discernir significa “Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas”. Es aquella facultad que nos permite apreciar, diferenciar, juzgar, tomar una decisión. El discernimiento es el entendimiento o capacidad de comprensión⁽²⁶⁾, si bien requiere cierto grado de desarrollo intelectual se va definiendo en las primeras etapas de la vida de la persona y desarrollándose con ella.

Augusto Teixeira de Freitas en su *Esbôço*⁽²⁷⁾ entiende que el discernimiento es la facultad de conocer que suministra motivos a la voluntad en todas sus deliberaciones. Se presenta como un proceso interior en el que el sujeto examina situaciones y objetivos con el fin de tomar una decisión. Tan importante es el discernimiento que integra la formación de la declaración de la voluntad. Esta debe reunir requisitos *internos* (discernimiento, intención y libertad: *animi iudicium*) y *externos* (manifestación exterior de la voluntad).

Los momentos del proceso volitivo son:

- Formación de la voluntad.

(26) NAYMARK, M.S. y ADAN CANADAS, F. *Diccionario jurídico Fórum*. Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947.

(27) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Ob. cit., p. 217.

- Decisión de la voluntad.
- Ejecución de la voluntad.

Según Lohmann Luca de Tena “la norma ha utilizado una fórmula feliz –falta discernimiento– pues su amplitud permite abarcar un abanico de casos que, si bien no lindan con la demencia o imbecilidad (términos que usan los códigos civiles chileno y español), implican alteración de las facultades mentales de los individuos”⁽²⁸⁾. Un texto feliz sería: “Quienes hayan sido judicialmente declarados como tales por carecer habitualmente de discernimiento o no poder expresar su voluntad de manera indubitable”.

Debe considerarse el cumplimiento de los siguiente elementos:

- Habitualidad.
- Declaración judicial.
- No expresar su voluntad de forma indubitable.

Entre los casos de privación de discernimiento tenemos:

- Síncope.
- Narcosis.
- Sopor.
- Desmayo.
- Sugestión.
- Hipnotismo.
- Obnubilación.
- Inconsciencia.
- Ebriedad total.
- Sonambulismo.
- Estado comatoso.
- Parálisis cerebral.

(28) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 1ª edición, Ediciones Librería Studium, Lima, 1986, p. 53 y ss.

- Transe mediúnico⁽²⁹⁾.
- Estados febriles altos.
- Casos extremos de dolor.

Puede haber situaciones en las que un menor de edad, además, esté privado de discernimiento. En este caso, prevalece lo más fuerte frente a lo más débil, prima a minoría de edad.

9.1.2. Efectos

Entre los efectos están:

- Implica una guarda total del incapaz.
- Nulidad del acto realizado.

9.2. Incapacidad relativa

Llamada limitada o parcial. Incapacidad de protección civil o legal.

La incapacidad relativa comprende a las personas que se encuentran parcial o momentáneamente privadas de su capacidad de ejercicio, pudiendo ejercer ciertos actos o recuperar la capacidad en un momento posterior, lo que permitiría convalidar el acto. Se les permite la realización de ciertos actos.

Estos incapaces ocupan esa zona intermedia entre capacidad plena e incapacidad total⁽³⁰⁾.

Los relativamente incapaces pueden celebrar actos y contratos por sí mismos, autorizados por su representante legal. En algunos casos solo ellos podrán celebrar determinados negocios dado su carácter personalísimo⁽³¹⁾. La incapacidad relativa tiene por finalidad la protección de ciertas personas que no carecen totalmente de juicio, pero que no pueden administrar eficientemente sus negocios⁽³²⁾. Más que ser representados requieren ser asistidos.

(29) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 281.

(30) *Ibidem*, p. 282.

(31) Existen diferentes actos jurídicos que el relativamente incapaz necesita ejecutar de forma personal (actos personalísimos) que en ningún caso podría el representante legal ejecutar en nombre del incapaz. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manual. *Curso de Derecho Civil*. Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1974, p. 189 y ss.

(32) LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952, p. 404.

La incapacidad relativa se da cuando el defecto de la persona no es determinante.

9.2.1. Causales

Los incapaces relativos están contenidos en el artículo 44, son los siguientes:

- Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad (inc. 1).
- Los retardados mentales (inc. 2).
- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (inc. 3).
- Los pródigos (inc. 4).
- Los que incurren en mala gestión (inc. 5).
- Los ebrios habituales (inc. 6).
- Los toxicómanos (inc. 7).
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (inc. 8).

Las incapacidades las podemos agrupar de la siguiente manera:

Causa	Incapacidad	Propuesta
Edad	Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad	
Salud síquica	Los retardados mentales	Quienes hayan sido declarados judicialmente como tales por una discapacidad física, sensorial, mental o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento que, les impida atender apropiadamente el cuidado de sí mismo o de su patrimonio.
	Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad	
Gestión patrimonial	Los pródigos	
	Los que incurren en mala gestión	
Vicio	Los ebrios habituales	
	Los toxicómanos	
Carencia de libertad	Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil	

- **Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad**

Es el caso del adolescente adulto o menores adultos. Púberes.

El mayor de 16 y menor de 18 años puede celebrar los siguientes actos jurídicos:

Arts.	Supuesto
241-1244	Puede casarse
456	El mayor 16 años puede obligarse y renunciar derechos autorizado por padres
459	El mayor 16 años se le consultará los actos de administración de sus bienes
533	A los 16 años cumplidos decide sobre los actos de su tutor

Teniendo más de 16 años puede realizar todo aquello que puede llevar a cabo el menor de 16 años, *ad maioris ad minus*.

A efectos de la Ley del servicio militar⁽³³⁾, la incapacidad civil relativa a los menores de edad cesa a partir de los diecisiete (17) años cumplidos (art. 9).

- Los retardados mentales

Es el caso del débil, deficiente, retrasado o flaco mental. El fatuo, falto de razón y buen entendimiento, lat. *fatūus*. Mentecato, lat. *mente captus*, poco inteligente. Lerdo, torpe, zopenco, zoquete.

Demente, alienado, loco, orate, furioso⁽³⁴⁾.

Los romanos distinguían entre el *furiosus* (*insanus* o *louco furioso*), *demens* y *mente captus*⁽³⁵⁾.

El retardado mental tiene un funcionamiento intelectual por debajo del promedio normal con déficit asociado al desarrollo que limita la interacción del sujeto. Es una discapacidad intelectual o cognitiva, un desorden síquico. La edad mental y la cronológica están disociadas. La mente no desarrolla de una forma normal.

León Barandiarán⁽³⁶⁾ nos decía que el débil mental es el que sufre de un déficit espiritual en cuanto a la inteligencia y libertad que no le permite

(33) Ley N° 29284, Ley del servicio militar, DOEP, 28/06/2008.

(34) La regla del Derecho consagrada en el *Digesto* (Libro L, tít. XVII) decía *Furiosus nullum negotium contraere potest* : el loco no puede contratar ningún negocio (Paulo: ley 5ª), por su parte las *Institutas* de Justiniano (Lib. III, tít. XIX, § VIII) referían *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quid agit*: El loco no puede realizar ningún negocio, porque no entiende lo que hace.

(35) MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 458.

(36) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991, p. 133.

Incapacidad

ejercitar por sí mismo alguno de sus derechos civiles. Es una ausencia u obliteración de criterio y voluntad.

El coeficiente intelectual sirve para su determinación. Se lleva a cabo mediante una prueba de inteligencia del coeficiente intelectual - CI. De acuerdo a las escalas de inteligencia de Wescheler tenemos:

Clasificación	CI
Muy superior	130 o +
Superior	120 - 129
Normal brillante	110 - 119
Promedio	90 - 109
Normal torpe	80 - 89
Fronterizo	70 - 79
Deficiente mental	69 o +

Antiguamente se clasificaba así:

	Características	CI
Morón	Autosuficiente en las tareas manuales y con cierto desarrollo de memoria pero sin capacidad para desarrollar abstracciones mentales	90
Imbécil	Incapaz de leer o escribir Zote: Torpe, tardo en aprender.	60
Idiota	Del griego antiguo idios . Único, peculiar. Incapaz de comunicarse, sin actividad física, imposible de educar. Idiot-savant (Sabio-idiota en francés): Autosuficiente para tareas manuales pero sin criterio. Se aplica a sujetos capaces de realizar determinadas proezas mentales pero en los demás aspectos de su vida son retrasados mentales.	30

En el otrora Derecho comparado se hable del estado de imbecilidad, idiotismo, locura furiosa⁽³⁷⁾.

Dentro de esta causal puede incluirse, según lo severo del caso al autismo, que más que una enfermedad es un trastorno mental (neurológico complejo) que afecta el habla, las destrezas sociales y el comportamiento de la persona.

Hay quienes se refieren a la insania mental.

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

Es el caso del senil.

(37) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Ob. cit., p. 241.

Deterioro implica pérdida de consistencia. Es un decaimiento en las funciones intelectuales. Un proceso degenerativo de la capacidad mental, de la comprensión e interrelacionamiento social, como dice Espinoza Espinoza⁽³⁸⁾, un proceso de involución biológica propia de la vejez o senescencia típica aunque no son los únicos en la medida que puede deberse a una anomalía síquica.

Se presenta en los siguientes casos:

- Intoxicación.
- Parálisis general.
- Arteroesclerosis⁽³⁹⁾.
- Enfermedades mentales de larga duración.

Asimismo, en el caso de enfermedades mentales o trastornos psicológicos que afectan la salud mental - *Mental health disorders*, como son:

- Border.
- Delirio.
- Psicosis.
- Paranoia.
- Demencia.
- Bipolaridad.
- Esquizofrenia.

Los casos de neurosis, histerismo, psicastenia (dolencia síquica que se caracteriza por fobias, obsesiones, compulsiones y ansiedad) no son considerados dentro del grupo anterior en razón a que quienes lo padecen cuentan con juicio de la realidad, tal como refiere el siquiatra y psicoanalista Alberto Péndola.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS) existen 400 tipos de trastornos mentales. Estos son los cinco más usuales:

- Trastornos afectivos (depresiones y distimias).

(38) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio". En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, p. 288.

(39) Llamada enfermedad de Parkinson o demencia senil, antes se le conocía como "parálisis agitante".

- Trastornos psicóticos (esquizofrenia, bipolaridad).
- Trastornos de ansiedad (fobias, angustias, obsesivos compulsivos, somatización).
- Adicciones.
- Trastornos relacionados a la tercera edad (demencias, trastornos del sueño).

El siquiatra y psicoanalista Alberto Péndola Febres⁽⁴⁰⁾ clasifica los trastornos mentales de la siguiente manera:

- Psicosis orgánicas
 - Demencia: senil o presenil.
 - Causa: arteroesclerosis o tumor en el cerebro.
- Psicosis funcionales: no hay juicio de la realidad.
- Esquizofrenia: trastorno del pensamiento.
- Psicosis maniaco depresiva: trastorno del afecto.
 - Maniaco: compro el Estadio Nacional
 - Depresivo: merezco morir no por no haber tomado café colombiano.
- Deficiente mental: no desarrollas normalmente su mente por diversos factores (mongoloide o síndrome de Down).

La senilidad o senectud *–magno natu*: de edad muy avanzada– no es per se causa de incapacidad, no debe considerarse un estado psicopático, por mayor que sea la longevidad⁽⁴¹⁾, a pesar de lo que indicaba Terencio *senectus ipsa morbus*, la vejez misma es enfermedad. Lo que hace incapaz al viejo es el estado patológico que lo afecta, la involución de sus funciones. No es frecuente, ni siquiera en la historia, encontrar normas que limiten la capacidad de los ancianos⁽⁴²⁾. Puedo tener 101 o 110 años y ser capaz, discernir y ser consciente de mis actos. En estos casos, la incapacidad no es por razón de la edad sino por el debilitamiento del estado síquico.

(40) Comunicación cursada al autor en febrero de 2014.

(41) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 279.

(42) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Ob. cit., p. 13.

Diferencias y similitudes entre débil mental y deterioro mental

Retardo mental	Deterioro mental
Retraso mental Tonto, loco	Disminución mental Viejo o trastorno patológico
Pueden ser congénitas o adquiridas	

- Los pródigos

Disipador, dilapidador, manirroto, derrochador.

Despilfarro del patrimonio.

La Real Academia Española lo define como el que “desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón”.

Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible (art. 584). Esta causal de incapacidad busca proteger la legítima, a los herederos frente a los actos económicos, considerando a la propiedad como grupal o común⁽⁴³⁾. Como dice Bercovitz⁽⁴⁴⁾ con esta causal se pretende proteger los derechos económicos (alimentos y legítima) que los miembros más próximos de la familia tienen frente al pródigo.

Para que exista prodigalidad debe haber:

- Dilapidación

- Dilapidar, realizar gastos innecesarios, inútiles, caprichoso. Malgastar.
- Desvanecer, realizar actos que hagan desaparecer los bienes. Disipar.

- Existencia de vínculo familiar

- Cónyuges.
- Herederos forzosos.

- Incidencia patrimonial de la conducta dilapidatoria

- Afecta la legítima.
- Afecta los alimentos.

(43) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 285.

(44) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Ob. cit., p. 89.

Sobre el particular tenemos los casos de *omniomanía* (comprar desenfrenadamente sin necesidad), *cibomanía* (compulsión al juego), *ludopatía* (vicio por juegos de azar), perdularismo en general (vicios incorregibles que llevan pérdida de los bienes).

Pueden considerarse casos de prodigalidad:

- Hipotecar la casa habitación para apostar el dinero en los caballos o destinar el dinero en un viaje de placer.
- Donaciones excesivas.

El Código del 52 establecía que: “Para que alguno pueda ser declarado pródigo, es necesario que se le pruebe dilapidación de más de una tercera parte de sus bienes (art.18). La dilapidación puede consistir (art.19):

1. En pérdidas al juego;
2. En gastos de saraos, paseos, convites o mujeres públicas;
3. En obsequiar personas a quienes no se debe obligación, después de haber donado lo que, conforme a este código, se permite donar;
4. En comprar cosas por doble valor del que tienen;
5. En venderlas por menos de la mitad del valor;
6. En obligarse por cantidad que no se ha recibido;
7. En cualesquiera otros gastos habituales para satisfacer vicios.

Solo la dilapidación de bienes raíces o de capitales, da lugar a la declaración de prodigalidad (art. 20).

Lo contrario a pródigo es avaro que podría implicar, también, una causa de incapacidad como se deja entrever en la doctrina nacional⁽⁴⁵⁾ pero que el Código no la ha tratado. Asimismo, debe considerarse un caso discutible los actos filántrópicos⁽⁴⁶⁾ que, a pesar de no ser dilapidatorios sino que buscan un bien altruista, cuando es carente de control puede ser tratado como una enfermedad mental.

(45) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 920.

(46) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 327.

Diniz⁽⁴⁷⁾ sostiene que la prodigalidad debería estar tratada como una enfermedad mental, en igual sentido Breccia, Bigliuzzi Geri, Natoli, Busnelli⁽⁴⁸⁾ dicen que la jurisprudencia y doctrina la trató como una anomalía síquica.

Más allá de todo, la prodigalidad es un instituto discutido en Derecho, Economía y Siquiatría⁽⁴⁹⁾.

- **Los que incurren en mala gestión**

Mal administrador, gerente deficiente, empresario ruin.

Inhabilidad para la administración de un patrimonio.

La mala gestión es la manifiesta ineptitud para manejar sus negocios.

Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos (art. 585). Esta causal de incapacidad busca proteger la legítima, a los herederos frente a los actos económicos.

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión, puede considerar los detalles del caso a fin de indagar si se trató de **mala gestión** o solo de **mala suerte**⁽⁵⁰⁾.

Diferencias y similitudes entre pródigo y mal gestor

Pródigo	Mala gestión
Dilapidar bienes que exceden de su porción disponible (art. 584). Derrochador, manirroto, despilfarrador Es objetivo	Perder más de la mitad de los bienes por mala gestión (art. 585). Mal administrador Es subjetivo Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión
El que teniendo cónyuge o herederos forzosos Si es soltero y no tiene herederos forzosos no se aplican	
Ambas buscan proteger la legítima, a los herederos frente a los actos económicos.	
Los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa (art. 593).	

(47) DINIZ, María Elena. Ob. cit., p. 156.

(48) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. Ob. cit., p. 151.

(49) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 72.

(50) RUBIO CORREA, Marcial. "El ser humano como persona natural". En: *Para leer el Código Civil*. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 167.

Incapacidad

No pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591).

Legitimación. Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados (art. 587).

**Estas dos causales de incapacidad nos llevan a la conclusión que no se puede disponer libremente de la riqueza
No puede reconocerse un derecho a abusar de la propiedad.**

- Los ebrios habituales

Dipsómano, beodo, alcohólico, alcoholizados.

Aquel que sin bebida no piensa, generándosele un cuadro psicótico llamado *delirium tremens*, síndrome de abstinencia del alcohol. Alcoólatras lo denominan en Brasil.

No es el mero bebedor social. Es el adicto al alcohol, el ebrio consuetudinario.

La etilomanía, como diría Séneca, es una forma de locura voluntaria.

- Los toxicómanos

Drogodependientes, aquellos inmersos en el consumo de estupefacientes. Vicioso. Para ser considerados como tal debe haber dependencia, adicción.

Las drogas van desde las más comunes hasta las derivadas y modernas, un sinfín inagotable:

- Opio.
- Hongos.
- Éxtasis.
- Cocaína.
- Morfina.
- Heroína.
- Mescalina.
- Ayahuasca.
- Marihuana.
- Somníferos.

- Anfetaminas.
- Barbitúricos.
- Alucinógenos.
- Ácido lisérgico.
- Tranquilizantes.

Diferencias y similitudes entre ebrio habitual y toxicómano

Ebrio habitual	Toxicómano
Alcohol	Drogas
Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena (art. 586).	
Los actos ebrio habitual y del toxicómano anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa; pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria (art. 593).	
No pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591).	
Legitimación. Pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena (art. 588).	
Borda ⁽⁵¹⁾ considera que ambas tiene una gravedad tal como para colocar a los enfermos en peligro de otorgar actos jurídicos que le sean perjudiciales; no es la razón sino su voluntad la que está afectada. El enfermo puede estar lúcido pero puede ser víctima por su falta de voluntad. Puede terminar en el derrumbe de las facultades mentales por lo que la declaración de interdicción que se aplicará será: demencia.	

Similitudes con causales pares

Pródigo	Mal gestor	Ebrio habitual	Toxicómano
No pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración (art. 591).			
La curatela de estos incapaces corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia (art. 589).			

- **Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil**

De acuerdo al Código Penal de 1991 la interdicción (tratada en el Código Penal de 1924) fue sustituida por la inhabilitación, según los artículos 31 y 36 a 40.

(51) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 529.

La inhabilitación es la suspensión temporal del ejercicio de los derechos civiles.

Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la inhabilitación civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciere, será responsable de los daños que sobrevengan. También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto (art. 595).

Causales no contempladas

- Ociosidad

Es el caso del vago⁽⁵²⁾, holgazán, flojo.

Tobías⁽⁵³⁾ la menciona cuando se exponga a la persona a caer en la pobreza o comprometer sus obligaciones familiares.

- Selváticos, aborígenes, no contactados

El amplio e inexplorado territorio nacional lleva a establecer que hay sujetos no civilizados que deben ser tratados de forma especial por el Derecho Civil en lo que a su capacidad concierne, como lo hace el Código brasileiro, “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (art. 4, *in fine*).

El Derecho debe responder de acuerdo a la calidad de los sujetos en materia de capacidad, tal como lo delimita el sistema penal⁽⁵⁴⁾.

9.2.2. Efectos

Entre los efectos están:

- Anulabilidad del acto realizado
- Protege a los terceros que desconocen que contratan con incapaces

(52) “Vago es todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, ni otro medio legítimo ni conocido de subsistencia, o, fingiendo tenerlos, carece de casa habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a distinta persona, vive de la tolerancia, complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de ésta última”. Ley N° 4891, Sobre vagancia. Derogada por la Ley N° 24506.

(53) TOBIAS, José W. Ob. cit., p. 338.

(54) Código Penal. “Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

9.3. Especial

Incapacidad incompleta o capacidad de ejercicio limitada.

La incapacidad especial afecta a personas que son capaces de acuerdo a las normas generales pero que están inhabilitadas para celebrar ciertos actos jurídicos. “Estas incapacidades de derecho son siempre relativas y afectan solo a la realización de un número determinado de actos jurídicos”⁽⁵⁵⁾.

Es aquella incapacidad establecida y determinada en la prohibición expresa que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar actos.

Estas incapacidades las ha establecido la ley con el propósito de resguardar a los incapaces.

9.3.1. Causales

La Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal establece como efecto de la quiebra (art.100), los siguientes:

El quebrado, mientras dure ese estado, está impedido de (art. 100.1):

- Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general,
- Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;
- Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la ley (art. 100.2).

El quebrado no deviene en incapaz por razón de la quiebra, por lo que puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las señaladas en el párrafo anterior.

Cabe precisar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 101, transcurrido el plazo de cinco años contado desde la fecha de expedición de la resolución judicial que declara la quiebra, cesa el estado de quiebra.

(55) BOFFI BOGGERO, Luis. *Tratado de las Obligaciones*. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 124.

9.3.2. Efectos

- Los actos realizados por estos sujetos son considerados como nulos.
- Implica una asistencia

9.4. Natural

En estos casos, la persona cuenta con todas las aptitudes normales pero en determinado momento se le suprime el discernimiento, se bloquean sus aptitudes, a punto de no poder ejercer actos. Esta causa puede ser natural o inducida.

9.4.1. Causales

El ejemplo típico está referido al tema de la anulabilidad del matrimonio “De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa” (art. 277, inc. 4).

Se trata estados de insanidad mental transitorios de uno de los contrayentes.

Puede ser por embriaguez, hipnotismo, obnubilación, estado toxicológico.

9.4.2. Efectos

Anulabilidad del acto

10. PROCESO DE INTERDICCIÓN

Llamado también curatela de interdictos. Incapacitación. Inhabilitación.

Loa alemanes la llaman *Entmuendigung*.

El Derecho desde siempre, como refiere Menezes⁽⁵⁶⁾, estableció esquemas destinados a proteger a los deficientes y suplir sus necesidades bajo el principio de tutela de los débiles, *venia debilium*.

(56) MENEZES CORDEIRO, Antonio. Ob. cit., p. 458.

Es la acción judicial que permite investigar y declarar incapaz de ejercer sus derechos civiles a una persona mayor de edad, nombrándosele un curador que defienda sus intereses personales y patrimoniales. La incapacitación es un estado civil de la persona física⁽⁵⁷⁾.

La incapacidad declarada puede ser absoluta o relativa.

Pueden pedir la interdicción judicial del incapaz, el cónyuge, parientes y el Ministerio Público (art. 583).

Se trata de un procedimiento judicial regido por la jurisdicción voluntaria. La curatela definitiva será confiada, terminando el trámite de la interdicción, a la persona llamada por ley a desempeñarla, el curador quien, además debe discernir el cargo, declarando:

- Su habilidad legal para el ejercicio del cargo;
- Prometerá que guardará fielmente la persona y bienes del menor;
- Manifestará si es acreedor, deudor o tiene relación comercial con el menor.

Cualquiera sea el origen del nombramiento, el discernimiento judicial constituye un paso indispensable para que el tutor designado pueda desempeñarse como tal.

La competencia para dicha acción la tienen los Juzgados de Familia.

La realidad local⁽⁵⁸⁾ se ha comprobado que el 90 % de los procesos de interdicción corresponden a personas de escasos recursos, siendo su objetivo: (i) que el incapaz continúe recibiendo la atención médica estatal; (ii) el traslado de la pensión del padre fallecido.

10.1. Inhabilitación

Es un caso de interdicción parcial.

No siendo tan fatal la incapacidad procede declarar la limitación de ciertos derechos, no de todos los derechos. La inhabilitación no conduce a una incapacidad general, está dirigida a dejar sin efectos solo determinados

(57) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol.I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 260.

(58) LÓPEZ FREITAS, Jenny. "Procesos de interdicción y el amparo familiar. Identifican urgencias de diversas modificaciones legislativas". En: *Jurídica*, Suplemento del diario oficial *El Peruano*, edición del martes 8 de enero de 2013, p. 3.

actos. Es una restricción para ejercer ciertos actos pero capaz de realizar los elementales, se da para el caso de los no totalmente incapaces.

La legislación y doctrina comparada manifiestan que, por ejemplo, el prodigo no debiera ser interdictado, solo inhabilitado. En esta línea, Borda⁽⁵⁹⁾ sostiene que no parece justo someter al pródigo a una verdadera interdicción, basta declararlo incapaz de celebrar actos de disposición de sus bienes sin la asistencia y aprobación de su curador; para los demás actos de la vida civil (administrar, testar y otros vinculados a aspecto familiares) deber conservar su capacidad.

11. REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

Las instituciones que sirven para representar los intereses de los incapaces son:

11.1. Patria potestad

Es una institución del Derecho de familia que confiere a los padres la autoridad y cuidado de la persona y bienes del hijo menor.

Es ejercida por ambos padres.

11.2. Tutela

Es una institución de amparo familiar, a través de ella se sustituye el ejercicio de la patria potestad a consecuencia de la muerte o incapacidad de los padres.

11.3. Curatela

Es una institución de amparo familiar que brinda de protección a los mayores de edad que no son aptos para cuidar de sus propios intereses, regir su vida y administrar sus bienes.

12. INCAPACIDAD E INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

La importancia de la determinación de la incapacidad a la que se encuentra sometida la persona permitirá saber el efecto jurídico del negocio celebrado.

(59) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 533.

El requisito de la capacidad debe servir como presupuesto para conocer la validez del negocio y, funcionalmente, la eficacia que este pudiere tener frente a terceros.

Nulidad	Anulabilidad
<ul style="list-style-type: none"> - Es nulo un acto jurídico cuando: <ul style="list-style-type: none"> i) Le falta un requisito del artículo 140, ii) Si atenta contra el orden público o las buenas costumbres o normas prohibitivas, cuando falta la manifestación de voluntad, haya sido practicado por una persona absolutamente incapaz, su objeto es física y jurídicamente imposible o indeterminado, su fin sea ilícito, adolezca de simulación absoluta, no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad, o cuando una ley lo declare nulo. - No produce un efecto legal alguno ya que no nace para el derecho. - Es per se (nulo por sí mismo). No requiere de procedimiento judicial, pues opera de pleno derecho. - No requiere de sentencia, porque nunca existió. Si es que existe sentencia, tendrá un carácter declarativo. - Puede ser declarado de oficio o a pedido de parte. - No se puede confirmar. 	<ul style="list-style-type: none"> - Es anulable un acto cuando: <ul style="list-style-type: none"> i) Está viciado por incapacidad relativa del agente, ii) Por vicios de la voluntad como el dolo, el error o violencia. - Si produce efectos jurídicos. - Requiere de pronunciamiento judicial. - La sentencia tiene un carácter constitutivo, constituye la anulabilidad. - Puede ser declarado a pedido de parte. - Se puede confirmar si se subsanan los vicios que lo invalidan.

Incapacidad

Anexo

CAPACIDADES ESPECIALES

Código Civil				Código de los Niños y Adolescentes	
Menores de 16 años		Mayores de 16		Niño 12, adolescente mayor de 12	
378-4	El adoptado mayor de 10 años debe asentir su adopción.	241-1 244	Puede casarse.	IV	Capacidad especial.
393	Con 14 años se puede reconocer.	456	El mayor de 16 años puede obligarse y renunciar derechos autorizado por padres.	13	Asociarse con fines lícitos.
407	La madre menor de edad puede solicitar la declaración judicial de paternidad de su hijo.	459	El mayor de 16 años se le consultará los actos de administración de sus bienes.	55	A. pueden trabajar con autorización.
421	Los padres menores gozan de la patria potestad.	533	A los 16 años cumplidos decide sobre los actos de su tutor.	70	A. ejercen derechos laborales.
455	El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, herencia y legados puros y simples.			99	A. impugnar actos de su tutor.
457	El menor capaz de discernimiento puede trabajar con autorización de padres.			107	N. A. puede solicitar remoción de la familia en que se le colocó.
458	El menor capaz de discernimiento responde por daños causados por sus actos ilícitos.				
530	El mayor de 14 años puede recurrir al juez por los actos de su tutor.				
557	El mayor de 14 años puede pedir la remoción de su tutor.				
687	El menor casado puede testar.				
1358	Los menores no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con su vida diaria.				
1975	El incapaz de ejercicio responde por los daños causados con discernimiento.				
Los menores de 16 años son incapaces por principio y capaces por excepción.					

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil I - Personas*. 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
- ALESSANDRI BESA, Arturo. *Nulidad y rescisión en el Código Civil*. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1949.
- ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manual. *Curso de Derecho Civil*. Nascimento, Santiago de Chile, 1974.
- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
- BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I, Ejea. Buenos Aires, 1967.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- BOFFI BOGGERO, Luis. *Tratado de las Obligaciones*. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968.
- BORDA, Alejandro. “La capacidad”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hiestroza, Tomo I, Vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*. Giuffrè, Milano, 1949.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. 6ª edición, Reus, Madrid, 1943.

- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El derecho de los contratos*. Tomo I, Minerva, Lima, 1978.
- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Astrea, Buenos Aires, 1991.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y Tomo III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1998.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 140. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição, Vol. I, Rfo de Janeiro, Forense, 2004.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Presunción de capacidad de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Grijley, Lima, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El histórico problema de la capacidad jurídica”. En: *Diez años. Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, WG Editor, Lima, 1995.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Grijley, Lima, 2001.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El derecho del menor a su propio cuerpo”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho Civil. Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 12ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006.
- LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo. “A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno”. En: *Revista de direito privado*. N° 15, Ed. Revista dos Tribunais, julho-setembro, São Paulo, 2003.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editor, Lima, enero de 1991.
- LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. 3ª edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1967.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 1ª edición, Librería Studium, Lima, 1986.

- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Librería Studium, Lima, 1987.
- LÓPEZ FREITAS, Jenny. “Procesos de interdicción y el amparo familiar. Identifican urgencias de diversas modificaciones legislativas”. En: *Jurídica*. Suplemento del diario oficial *El Peruano*, del martes 8 de enero de 2013.
- MAZEAUD, Henry, Jean y León. *Derecho Civil (Obligaciones)*. Tomo I, Traducción Luis Andorno, Zavalía editor, Buenos Aires, 1997.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera, Vol. 2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*, I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª edición, Coimbra, Almedina, 2007.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ejea, Buenos Aires, 1979.
- MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, São Paulo, Saraiva, 2003.
- NAYMARK, M.S. y ADÁN CANADAS, F. *Diccionario jurídico Fórum*. Tomo II, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1947.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Buenos Aires, 1961.
- PAÍS VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral de Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, X Forense, Buenos Aires, 2004.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Biblioteca clásicos de Derecho, Oxford University Press, Primera serie, volumen 8, 1999.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte general*. 32ª edición, Vol. 1, Ed, Saraiva, São Paulo, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. “El ser humano como persona natural”. En: *Para leer el Código Civil*. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, *Esbôço*, 1952.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª edición, Idemsa, Lima, 2007.
- TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè, Milano, 1983.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002.

TÍTULO QUINTO

CAPÍTULO PRIMERO
TEORÍA GENERAL DE LA AUSENCIA

TEORÍA GENERAL DE LA AUSENCIA

La persona requiere de un sitio donde ser hallada.

Este lugar es el domicilio, es la zona donde está, donde la ubico, donde la encuentro, donde el sujeto permanece y, de querer generar consecuencias jurídicas respecto de él, debo allí requerirlo. El domicilio importa el aspecto estático del sujeto, su *locus*, su asiento geográfico; es el **estar en**.

Por determinadas circunstancias, voluntarias o forzosas, deseadas o impuestas, se presentan casos en los que la persona no es hallada allí donde debiera estar, si bien cuenta con un domicilio fijo no es en él encontrado lo que genera una inestabilidad en sus relaciones personales, patrimoniales y sociales.

No basta solo **no estar**, es necesario **desconocer donde está**, la ignorancia e incertidumbre. Este **no estar y no hallar** al sujeto así como el tratamiento de las consecuencias legales son tratados por la teoría de la ausencia, institución que protege frente a la falta de presencia del sujeto respecto de sí, de sus bienes y de terceros.

Ausencia implica falta de presencia. Son situaciones contrapuestas. Au (falta), Pre (antes), Esse (ser / estar). Lo normal es que me encuentren y sepan dónde estoy, lo excepcional es que no esté y que no me encuentren. Falta de presencia e ignorancia del destino.

Ausencia es la situación jurídica, ausente el sujeto. Ausencia es la incertidumbre de la existencia; es el desconocimiento del paradero de una persona. Ausente es quien además de encontrarse fuera del lugar en el que habitualmente desarrolla su vida ordinaria, ha desaparecido si dejar noticias o sin comunicarse con sus familiares o allegados, pudiendo ser voluntaria

(abandono del hogar) o por otra eventualidad (rapto, asesinato)⁽¹⁾, siendo sus causas por lo demás variadas.

Como teoría general, la ausencia plantea un conjunto de situaciones jurídicas frente a aquellos casos en los que el paradero del sujeto es desconocido y, no teniendo noticias de él durante un tiempo, el Derecho establece un tratamiento especial a cada caso, obligando a adoptar medidas personales y de orden patrimonial.

La ausencia está estructurada por tres grandes niveles, fases, grados o situaciones legales, establecidos por el tiempo o eventualidades por las que no se encuentra al sujeto, generando consecuencias legales que van de menos a más de acuerdo a la mayor o menor probabilidad de vida o reaparición del ausente. Cuando la probabilidad de vida es mayor los efectos son menores; cuando las probabilidades disminuyen los efectos se agravan⁽²⁾. Mientras más tiempo transcurra o más grave sea el incidente, mayores serán los efectos, así tenemos las siguientes series escalonadas de medidas⁽³⁾:

- 1° La desaparición.
- 2° La ausencia propiamente dicha.
- 3° La declaración de muerte presunta.

La ausencia es sucesiva a la desaparición mientras que la declaración de muerte presunta es independiente y autónoma.

Así, la ausencia que nos interesa se presenta en tres fases autónomas:

1. Curatela de bienes, **Desaparición**.
2. Posesión temporal de bienes o sucesión provisoria, **Ausencia**.
3. Sucesión definitiva, **Declaración de muerte presunta**.

La falta de presencia y de noticias de la persona se vincula con un riesgo, con una eventualidad; no saber, desconocer acerca de la persona genera situaciones de imprevisibilidad de su estado y de acuerdo al tiempo

(1) LASARTE, Carlos. *Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 226.

(2) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 114 y 115.

(3) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 226.

que transcurra serán más trascendentes, de allí que Breccia, Bigliazzi, Natoli y Busnelli⁽⁴⁾ nos dicen:

- Desaparición, simple posibilidad de muerte.
- Ausencia, probabilidad de muerte.
- Declaración de muerte presunta, presumibilidad de muerte.

En todo caso, en regla de las tres podemos hablar de una sospecha de fallecimiento. Jurídicamente son instituciones construidas sobre la base de presunciones *iuris tantum*.

El hecho de no estar no significa que las relaciones jurídicas se detengan, el mundo sigue su curso, que es canalizado por el Derecho a través del tratamiento de la ausencia.

Actualmente, la ausencia puede resultar una institución poco práctica e inusual tomando en cuenta la facilidad cada vez mayor de los medios de transporte (de las diligencias tiradas por corceles hasta los aviones) y de las comunicaciones (desde el telégrafo hasta el correo electrónico), así como la buena organización diplomática que facilita el contacto del individuo con el país de origen⁽⁵⁾; a ello debemos sumar que el avance de la tecnología deja en un segundo plano a la desaparición física. La virtualidad de la persona es una realidad. Cada vez es más fácil ubicar a los individuos, por los avances de los ubicadores y los sistema de GPS - Global Positioning System que los tenemos integrados a las redes sociales y a los teléfonos.

Ello puede ser acreditado con una vista en el Poder Judicial de las pretensiones sobre las materias analizadas, mínimas por no decir inexistentes.

En el Derecho comparado tenemos tres vertientes definidas:

- **Sistema francés**, trata la ausencia como una institución autónoma.
- **Sistema alemán**, regula el tema como una presunción de muerte.
- **Sistema mixto**, integrado en fases, primero la ausencia y luego la declaración de muerte presunta (Brasil, Perú).

(4) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, Vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 122.

(5) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 113.

CAPÍTULO SEGUNDO

DESAPARICIÓN

SUMARIO: 1. Antecedentes normativos. 2. Concepto. 3. Definición. 4. Características. 5. Naturaleza jurídica. 6. Fundamento. 7. Elementos. 7.1. Objetivo. 7.2. Subjetivo. 7.3. Temporal. 8. Efectos. 8.1. Curatela interina de bienes. 8.2. Representación unilateral de la sociedad conyugal. 8.3. Termina el cargo de albacea. 8.4. Nulidad del nuevo matrimonio. 9. Fin. 10. Tratamiento en el Código Civil. 11. Desaparición de personas vulnerables.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los tenemos en el Código italiano (art. 48) y en el portugués (art. 89 y ss.).

2. CONCEPTO

Es el primer grado de la ausencia. Es un caso ordinario.

El hecho que una persona no sea hallada, deje de estar presente donde habitualmente se le encontraba (domicilio, familia, trabajo, círculo de amistades, etc.), sin tener noticia alguna sobre su paradero, origina una situación de incertidumbre. No se trata de un simple no estar, como es habitual en una persona que se aparta cotidianamente de su residencia por diversas razones o motivos (ir a su trabajo, a la escuela, de compras, hacer un viaje de turismo, negocios, salud, irse de paseo o a un espectáculo)⁽¹⁾, estos casos no son de desaparición.

El sujeto no está y desconozco su ubicación. Lo busco y no responde, toco a su puerta y no abre, salgo en su búsqueda y regreso sin resultado.

In limine puede tratarse de una situación meramente incómoda que, por ser ocasional o circunstancial, carecería de relevancia jurídica. Mas si la desaparición se prolonga por un tiempo largo, la falta de presencia del individuo comienza a transformarse en un obstáculo serio para el normal

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012, p. 506.

desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas⁽²⁾ resulta necesario establecer consecuencia sobre el particular.

3. DEFINICIÓN

Para Fernández Sessarego es un no estar de la persona en su domicilio, sin tener información sobre el lugar donde se encuentra⁽³⁾. Según Espinoza Espinoza es una situación de hecho que se configura con la no presencia del sujeto en su domicilio, cuya consecuencia jurídica es la gestión de su patrimonio por un representante⁽⁴⁾.

La desaparición es un hecho jurídico en el que una persona se ausenta de su domicilio sin dejar indicios de su paradero, originando que sus familiares e interesados requieran del cuidado de su patrimonio.

4. CARACTERÍSTICAS

- Situación de hecho que se presenta en el mundo práctico

Se dice que es un hecho por la realidad que representa; así como lo es el nacimiento, la muerte, la residencia⁽⁵⁾.

Su establecimiento parte de la realidad, de la existencia y el estar de la persona, que el Derecho regula.

Es un hecho jurídico que se presenta en la vida de relación de la persona.

- No se declara judicialmente

La desaparición per se no es necesario que sea declarada, al ser una mera situación de hecho. Se aprehende, como todos los hechos de la experiencia, por la simple observación del fenómeno⁽⁶⁾; la desaparición, así como el nacimiento, la muerte, la residencia, es un hecho simplemente

(2) CORRAL TALCIANI, Hernán. *Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil chileno*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 25.

(3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 32.

(4) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de personas*. 4ª edición, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 604.

(5) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 506.

(6) *Ibidem*, p. 509.

comprobable, a nadie se le ocurriría solicitar la declaración judicial de un nacimiento o de una muerte para su respectiva inscripción⁽⁷⁾.

Es una realidad, un caso de la vida presencial, en el que no hallando al sujeto deben tomarse las previsiones del caso. La falta de presencia física debe ser constatada policialmente a efectos de tener una prueba del tiempo ausencia transcurrido.

A nivel policial, no hay plazo mínimo para denunciar la desaparición de una persona⁽⁸⁾.

- **Al no ser declarada judicialmente no requiere inscripción**

Al ser un mero hecho, una falta de presencia constatable de la persona, no amerita inscripción alguna, pese a que el artículo 2030, inciso 2 considera que son actos y resoluciones inscribibles las resoluciones que declaren la desaparición, situación que ha generado innumerables críticas por su inaplicabilidad.

- **Se nombra judicialmente a un curador interino de bienes**

La falta de presencia, este ausentismo de la persona, permite, luego de su constatación y del tiempo transcurrido, que se accione judicialmente a efectos de lograr una preservación del patrimonio del desaparecido, evitar que se deteriore, que se pierda, que caiga en manos de terceros. Frente a ello la norma faculta el nombramiento vía judicial de un curador interino de bienes.

- **No afecta la capacidad del desaparecido**

Este puede, perfectamente, realizar actos jurídicos válidos.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Es un hecho jurídico, una realidad que se presenta en el mundo fáctico, una situación que genera consecuencias legales. No hallando a la persona en su domicilio y careciendo de noticias de su paradero se generan efectos legales.

(7) *Ibíd.*, p. 510.

(8) VARSI, Enrique @enriquevarsi. 03/12/2013, 7:58 p.m. Tweet. @RPPNoticias.

6. FUNDAMENTO

Protege los intereses del desaparecido.

Es un medida previsional, provisional y de resguardo del patrimonial.

Como dice Carrasco⁽⁹⁾ es una fase provisional y previa a la declaración de ausencia, en la que se tiene en cuenta los perjuicios que puede experimentar el desaparecido si no atiende con urgencia sus negocios.

No afecta ni altera el estado civil de la persona. Su finalidad está en la preservación del patrimonio del desaparecido.

Tobías⁽¹⁰⁾ bien dice que la ausencia puede incidir de forma negativa en la esfera personal, teniendo casos del derecho moral de autor, derecho a la imagen, menoscabo de la intimidad o identidad, afectación del uso del nombre lo que, sin duda repercutiría en el aspecto patrimonial.

7. ELEMENTOS

La desaparición se configura a partir de tres elementos:

7.1. Objetivo

Es la falta de presencia.

La persona no está, no se halla en su domicilio.

Ese *estar* de la persona es indefinido.

7.2. Subjetivo

Es la incertidumbre.

Se desconoce su paradero de la persona. No sé dónde está. Se requiere ignorar, no saber dónde se encuentra la persona, sin tener noticias sobre su ubicación. La incertidumbre genera la presunción de vida por la falta de certeza de la muerte.

(9) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011, p. 161.

(10) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 505.

Es, también, la incomunicación lo que quiere decir que hay una situación de ausencia cuando habiendo certidumbre de la existencia existe la imposibilidad de la incomunicación⁽¹¹⁾.

Así tenemos dos situaciones:

- Incertidumbre, desconocer paradero.
- Incomunicación, imposibilidad de comunicación.

7.3. Temporal

Transcurso de un tiempo.

Tiene que haber transcurrido más de 60 días desde que se tuvo las últimas sin noticias del paradero de la persona.

Es un plazo arbitrario e innecesario. Desnaturaliza la esencia de la institución la que busca la preservación inmediata del patrimonio del desaparecido. La necesidad de defensa de los intereses del desaparecido no puede estar supeditados a un plazo, de allí que no sea necesario como en sus orígenes se planteó.

En efecto, en un inicio, el proyecto del Código Procesal Civil consideró 90 días pero, como bien fundamenta Fernández Sessarego, el plazo en sí no debiera existir en razón a que la inmediatez en su establecimiento es la característica y fundamento de la institución.

Condicionar el transcurso del plazo genera inconvenientes directos. Mientras más rápido se preserve el patrimonio del desaparecido menores contingencias existirán. La designación del curador debe efectuarse en el menor tiempo posible, sin dilación, ya que en la desaparición concurre un doble interés, privado y público, a fin de mantener el patrimonio sin desmedro alguno; es necesario actuar con celeridad y premura en la salvaguarda del patrimonio que, sin custodia, puede disminuir o desaparecer⁽¹²⁾, como su titular. En España queda claro con Lasarte⁽¹³⁾ que el nombramiento del defensor del desaparecido, como lo llama al curador interino, no requiere que haya transcurrido un plazo desde la desaparición y carencia de noticias, basta la incógnita.

(11) *Ibidem*, p. 497.

(12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 511.

(13) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 228.

8. EFECTOS

La desaparición genera efectos fundamentalmente patrimoniales.

8.1. Curatela interina de bienes

Se trata de la institución de la curatela interina de bienes (art. 597), frente a la que debe procederse al nombramiento judicial de un curador.

Este curador es el encargado de proteger, velar y administrar los bienes del desaparecido.

Su cargo es momentáneo, transitorio, provisional por el tiempo que dure la desaparición o, excepcionalmente, a falta de herederos forzosos al momento de declararse la ausencia. Su naturaleza es no ser un cargo indefinido.

Cocuradores. Cabe la posibilidad de que se nombre más de un curador (arts. 601 *in fine* y 608) cuando las circunstancias así lo requieran (diversidad de negocios, inversiones en distintos lugares, bienes dispersos, transacciones que requieran un cuidado especializado).

La indicada curatela se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618 del Código Civil en cuanto sean pertinentes.

El nombramiento de curador interino de bienes se sigue a través de un proceso judicial no contencioso, artículos 749, inciso 5 y 790 y ss. del CPC.

- **Legitimación activa**

Cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto.

Quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos.

Ministerio Público.

- **A quién se designa al curador**

Se sustenta en los artículos 569 al 573. A falta de las personas llamadas por estos artículos ejercerá la curatela la que designe el juez (art. 597).

La curatela corresponde (art. 569):

- Al cónyuge no separado judicialmente.

Consideramos puede tratarse también de una separación notarial. Lo importante es demostrar la vida en común (art. 289) de modo tal que no proceda frente a los casos de separación legal o de hecho.

Además, en este punto deberíamos considerar al conviviente en mérito de reconocimiento de los derechos sucesorales conforme a la Ley N° 30007.

- A los padres.
- Los descendientes prefiriéndose el más próximo al más remoto y, en igualdad de grado, al más idóneo según decisión del juez con audiencia del consejo de familia.
- Los abuelos y demás ascendientes.
- Los hermanos.

Si no existe ninguno de los familiares indicados, la curatela corresponde a la persona que se designe libremente el consejo de familia (art. 573) o el juez (art. 597).

Como lo refiere la doctrina, el juez de oficio, el Ministerio Público o la parte interesada puede solicitar que el curador sea removido y sustituido por otro incumplimiento de sus deberes o ineptitud en el cargo⁽¹⁴⁾.

- **Inventario**

El curador deberá empezar con un inventario valorizado de todos aquellos bienes que pasen a su protección y cuidado.

- **Facultades**

Básicamente atiende los asuntos de importancia y urgencia.

Actos de simple custodia y conservación. Las funciones y atribuciones del curador se circunscriben a los actos de simple custodia y conservación, administración y gestión los que no admiten demora, así como los necesarios para el cobro de créditos y el pago de deudas. A modo de excepción, los actos que exceden de aquellos límites deberán

(14) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 162.

ser autorizados o validados por el juez, comprobada que fuera la necesidad o utilidad, previa audiencia del consejo de familia (art. 602).

La representación en juicio (art. 603).

Responder contra los bienes del desaparecido de los créditos de terceros bienes podrá reclamarlos al curador (art. 603).

Facultades especiales, en determinados casos especiales que así lo requieran se deberá dotar al curador de facultades para el manejo empresarial y conducción de negocios, así como disponer de bienes previa autorización judicial⁽¹⁵⁾ comprobada la necesidad y utilidad (arts. 531 y 602).

Las que determine el juez según las circunstancias de cada caso y rigiéndose por lo que está previsto para los tutores (art. 605).

Gestiones y diligencias tendientes a ubicar el paradero del ausente⁽¹⁶⁾, nuestra norma no lo indica expresamente pero debe considerarse como una función innata.

- **Cesación**

La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto (art. 616); así también, aunque la norma no lo indica, por fallecimiento del desaparecido o su declaración de ausencia.

- **Improcedencia**

No procede la designación de curador si el desaparecido:

- No tiene bienes, en todo caso sería innecesaria.
- Tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el Registro Público. A contrario sensu con simples facultades o siendo estas insuficientes o deficientes se viabiliza la designación de curador.
- Cuando existe conflicto de interés entre el desaparecido y su representante o mandatario⁽¹⁷⁾

(15) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., pp. 513 y 514.

(16) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 505.

(17) *Ibidem*, p. 499.

- Es menor de edad en razón de que sus padres o tutor lo representan legalmente.
- Es interdicto, al contar con un curador que lo representa.

8.2. Representación unilateral de la sociedad conyugal

La regla es que corresponde a ambos cónyuges la dirección, representación y administración del patrimonio social⁽¹⁸⁾.

La excepción es que deja de ser conjunta y pasa a ser individual en caso se ignore el paradero del cónyuge (art. 294, inc. 2 y art. 314).

Dirección y representación	Administración
Artículo 294.- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad: 1. Si el otro está impedido por interdicción u otra causa. 2. Si se ignora el paradero del otro o este se encuentra en lugar remoto. 3. Si el otro ha abandonado el hogar.	Artículo 314.- La administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294, incisos 1 y 2. Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales.

8.3. Termina el cargo de albacea

Por la desaparición cargo de albacea termina (art. 796, inc. 6).

8.4. Nulidad del nuevo matrimonio

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe (art. 274, inc. 3). Esta norma es un reconocimiento de existencia de la familia ensamblada y una aceptación a la bigamia.

(18) Al constituir la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo distinto de un régimen de copropiedad, para realizar actos de administración de bienes sociales que la integran será necesario la voluntad coincidente de ambos cónyuges que constituya la voluntad de la sociedad de gananciales. Cas. N° 3109-1998. En: *Código Civil en su jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 163.

9. FIN

La desaparición queda sin efecto en los siguientes casos:

- Regreso a su domicilio, reaparición.
- Tener noticias objetivas e indubitables del paradero, ubicación.
- Nombramiento de un apoderado con los poderes suficientes.
- Por pérdida o extinción del patrimonio, sin este el curador carece de función.
- Por declaración de ausencia.
- Por muerte.

Proceso. El Código Procesal Civil (art. 794) indica podrá solicitarse la cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición [*sic.*] lo que se tramita conforme al Subcapítulo 5, Título I, Sección Sexta en cuanto sea aplicable (art. 794). Como se ha señalado la desaparición como tal no es declarada, lo que sucede es que acreditada la desaparición corresponde nombrar un curador interino de bienes.

Tobías⁽¹⁹⁾ indica que la cesación de la curatela requiere que el ausente reasuma el gobierno de su patrimonio, en tanto ello no suceda está latente el riesgo de perderse por lo que no cabe dar por terminada la ausencia.

10. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código originaria estableció un tratamiento directo a la desaparición. Es con el Código Procesal Civil que se realizan algunos ajustes a la institución:

(19) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 507.

Tratamiento y reforma

Texto original	Texto modificado
<p>Artículo 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero, el juez de primera instancia del último domicilio o del lugar donde se encuentran sus bienes puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de curador interino.</p> <p>No procede la designación de curador si el desaparecido tiene mandatario con facultades suficientes.</p>	<p>Artículo 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.</p> <p>No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público⁽²⁰⁾.</p>

La modificación se centra en:

- Establecimiento del plazo **sesenta días**.
- Delimitación de la legitimación activa: (i) **cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto**; y, (ii) **quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos**.
- **La solicitud se tramita como proceso no contencioso**.
- No procede la designación de curador si el desaparecido tiene **representante** con facultades suficientes **inscritas en el Registro Público**.

11. DESAPARICIÓN DE PERSONAS VULNERABLES

La Ley N° 29685 (DOEP, 14/05/2013) establece las medidas especiales en casos de desaparición de personas vulnerables:

- Niños.
- Adolescentes.
- Personas adultas mayores; y,
- Personas con discapacidad mental, física o sensorial.

(20) Modificado por la primera DM del TUO del CPC, D. Leg. N° 768.

CAPÍTULO TERCERO

AUSENCIA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Características. 7. Naturaleza jurídica. 8. Fundamento. 9. Elementos. 9.1. Objetivo. 9.2. Temporal. 10. Efectos. 10.1. Cambio de estado civil. 10.2. Posesión temporal de los bienes. 10.3. Continuación del cargo de curador interino de bienes. 10.4. Extinción de los poderes otorgados por el ausente. 10.5. Pensión de alimentos complementaria. 10.6. Nulidad del nuevo matrimonio. 10.7. Acción de separación de cuerpos. 10.8. Otros. 11. Fin. 12. Tratamiento de la ausencia en el Código. 12.1. Ausencia propiamente dicha. 12.2. Ausencia judicialmente declarada.

Objeto. Dictar medidas especiales que permitan la búsqueda, localización y protección de personas vulnerables que se encuentren desaparecidas.

Persona desaparecida. Aquella que se encuentra ausente de su domicilio habitual, respecto del cual se desconoce su paradero.

Trámite de denuncia.

La Policía tramita en forma inmediata la denuncia sobre desaparición, dirigiendo las acciones de búsqueda y localización de las personas desaparecidas y coordina con dicha finalidad con las diferentes entidades públicas y privadas.

1. ANTECEDENTES

Ausentes han existido siempre, desde tiempos remotos.

Así lo atestigua la leyenda de Penélope en la Odisea de Homero, quien asediada por pretendientes pero fiel a su marido Ulises lo esperaba veinte años hasta su regreso.

En Roma el tratamiento de la ausencia no fue cabal pero ya se definía como el hecho por el que una persona ha desaparecido sin saber si está viva (*ita absit ut ignoretur ubi sit et an sit*: Dig. XXIII, 2, *de ritu nuptiarum*, 10), además se conocía la curatela de bienes del ausente, *cura bonorum absentis* y al *bonorum curator*, curador de bienes. Como la prisión constituía una *capitis diminutio*, los romanos construyeron dos ficciones para salvar a los que estuvieron ausentes debido a que fueron hechos prisioneros y a los prisioneros que no volvían. La primera fue el *ius postliminium*, de acuerdo con la cual el prisionero que estuvo ausente se le

consideraba volver *in captivitate fuisse*; si no volvía, la *Lex Cornelia* presumía que al entrar en la cautividad murió⁽¹⁾.

A partir de los conflictos bélicos y civiles en Europa se han producido un sinnúmero de desapariciones que llevaron a los legisladores a reglamentar de nuevo instituto, la ausencia. Esto lo apreciamos en el *Código* y en el *BGB*; así también, la Revolución Francesa es una causa determinante para su consolidación siendo, de alguna manera, fruto de ella⁽²⁾.

Los conflictos bélicos son una realidad pero hoy se cuenta con un tratamiento a los prisioneros de Guerra (Convenio de Ginebra) lo que reduce en gran medida las desapariciones por estos conflictos.

2. ETIMOLOGÍA

Ausencia viene del latín *absentia*, derivado del participio *absens* (ausente) del verbo *abesse* (ser o estar) y el prefijo *ab* (separación).

Abesse estar lejos y *absentia* situación del que está lejos.

3. CONCEPTO

Es el segundo grado de la ausencia. Es un caso extraordinario.

Es la no presencia de la persona en su domicilio, existiendo un estado de indecisión, inseguridad e incertidumbre acerca de su existencia, no sé si vivo o muerto está⁽³⁾, siendo el transcurso del tiempo un elemento fundamental para su determinación. Coviello⁽⁴⁾ apunta que el domicilio constituye una relación positiva de la persona con su lugar mientras que la ausencia es la relación negativa. El **estar** es seguridad, el **no estar** inseguridad.

Cuando se habla de ausencia hay que precisar el sentido que se da a esta palabra.

(1) ATO DEL AVELLANAL, Roberto. "Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho". En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. N° 18, Buenos Aires, 1967, p. 39.

(2) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 113.

(3) El Código Civil uruguayo dice que: "El ausente, a los ojos de la ley, ni vivo ni muerto está (...)". (art. 51).

(4) COVIELLO, Nicolás. *Manuale di Diritto Civile italiano*. Soc. Edit. Librería, Milano, 1924, p. 180.

El sentido ordinario o técnico del vocablo.

- **Ordinario o vulgar**, ausente es aquel que no está presente en un lugar e instante determinado. Esta ausencia no contiene los elementos de precisión suficientes para que se produzca consecuencias jurídicas. La ausencia es sí es un **no estar**.
- **Técnico o institucional**, es un estado civil de la persona de quien se duda si vive, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida sin haberse vuelto a saber más de ella. Esta ausencia es declarada y constituye un estado civil, atribuyéndole la ley atribuye determinadas consecuencias jurídicas⁽⁵⁾.

4. DENOMINACIÓN

Es la ausencia per se, propiamente dicha, stricto sensu o ausencia legal o declarada.

En el Derecho comparado *Abwesenheit*, *Verschollenheit* (Alemania), *absence*, *absent* (Francia), *absence* (inglés), *assenza* (Italia).

5. DEFINICIÓN

Para Josserand⁽⁶⁾ la ausencia supone una ruptura de hecho entre el medio social a que pertenece un individuo y este mismo, de suerte que no puede decirse de él si vive actualmente o si ha muerto.

Mazzoni⁽⁷⁾ entiende que ausente es aquel de quien se ignora si está vivo o muerto por no haber aparecido ya más en el lugar de su último domicilio o de su última residencia y no haber dado noticias suyas. Para Tamassia⁽⁸⁾ la ausencia no es el simple alejamiento del lugar donde la persona tiene su domicilio o morada habitual sino, más bien, aquel alejamiento

(5) MOISSET DE ESPANES, Luis. "Ausencia y desaparición". En: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, junio 12 de 1975. p. 1.

(6) JOSSERAND, Louis. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, p. 127.

(7) MAZZONI, Pacifici. *Istituzioni Di Diritto Civile italiano*. Tipografía e litografía Pellas, Firenze, 1914, p. 213.

(8) TAMASSIA, Nino. "L'assenza nella storia del diritto romano". En: *Archivio giuridico*. N° 36, 1886, p. 474.

acompañado de ciertas circunstancias que hacen surgir una duda razonable acerca de si la persona ausente esté viva o muerta.

Espín Cánovas afirma que ausente, en sentido técnico, “es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona (*an sit et ubi sit*)”⁽⁹⁾. Castán Tobeñas señala que la ausencia propiamente dicha “es la del que se halla fuera de su domicilio desconociéndose su paradero y su existencia”⁽¹⁰⁾.

En nuestro medio, Rubio Correa manifiesta que “la ausencia es una situación jurídica en la que cae una persona que deja de estar presente en el lugar de domicilio, con ciertas características que dan un entorno de incertidumbre sobre ella misma, el manejo de sus relaciones personales, familiares y de sus bienes, su eventual posibilidad de retorno y, aún, sobre el mismo hecho de que siga existiendo”⁽¹¹⁾. Por su parte, Becerra Palomino⁽¹²⁾ considera que la ausencia es una situación jurídica que corresponde a una persona que:

- No se encuentra en el lugar de su domicilio.
- Se ignora su paradero.
- Carece de representante suficientemente facultado; y
- Respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo.

La ausencia es aquella institución que regula la incertidumbre de la existencia y paradero de una persona basada en el transcurso del tiempo y falta de noticias y confirmada por una resolución judicial determina la preservación y trasmisión del patrimonio del ausente.

(9) ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 351.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español y Foral*. Tomo I, volumen 11, 14ª edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Reus, Madrid, 1987, p. 32 y ss.

(11) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 173.

(12) BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. “Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984”. En: *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45, Lima, diciembre de 1991, pp. 21 y 22.

6. CARACTERÍSTICAS

La ausencia tiene como principales características:

- **Incertidumbre**

Es la característica básica; la ignorancia o desconocimiento del paradero de una persona.

La incertidumbre se origina:

- Por el transcurso del tiempo sin noticias, **ausencia simple**: posibilidad de muerte.
- Por circunstancias de peligro, **ausencia calificada**: probabilidad de la muerte.

La ignorancia es decisiva sobre la existencia de la persona más que sobre el lugar donde ella se encuentra⁽¹³⁾. Es decir, desconozco si está viva independientemente que tenga conocimiento del lugar donde deba encontrarla.

- **Estado civil**

La ausencia genera un estado civil, el de ausente.

Indica Serrano y Serrano⁽¹⁴⁾ que la ausencia es un estado civil de la persona de quien duda su existencia, bien porque se desconoce su paradero durante cierto tiempo, bien porque desapareció en una circunstancia de peligro para la vida, sin haberse vuelto a saber más de ella.

El ausente no es incapaz. Los actos que realice serán válidos.

- **Entrega del patrimonio en posesión**

No se transmite el patrimonio, solo se otorga *si et quantum* en posesión temporal.

(13) RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Casa Editrice Eugenio Jóvene, Napoli, 1984, p. 133.

(14) SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho español*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pp. 103 y 104.

Es una forma de posesión provisional, periodo de prenotación⁽¹⁵⁾, en la que los probables herederos reciben un dominio precario, sujeto a restricciones⁽¹⁶⁾.

La ausencia implica que se adopten medidas conservativas del patrimonio del ausente, incluso en favor de los herederos (*ob successionis praeoccupationem*)⁽¹⁷⁾, entregándole los bienes del ausente en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de declararla (art. 50).

Es una forma de sucesión prematura – *successio praematura*, sucesión provisoria, quienes reciben se presentan como herederos presuntivos que obtienen el patrimonio que supuestamente será suyo⁽¹⁸⁾, no son propiamente herederos, son *successibiles*; estos pueden terminar siendo los nuevos propietarios – *verus dominis*, por el momento sus derechos penden de una condición resolutoria⁽¹⁹⁾, para que sean finalmente herederos plenos debe acreditarse la muerte del ausente, en tanto gozan de los bienes.

- **Su trámite es materia procesal**

La ausencia la declara el juez a través de un proceso judicial no contencioso, artículo 749, inciso 5 y artículo 790 y ss. del CPC.

Legitimación activa. Consagra una legitimación de amplio alcance. Cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público.

Juez competente. El juez del último domicilio del desaparecido o donde tenía sus bienes.

- **No afecta la capacidad del ausente**

Este puede, perfectamente, realizar actos jurídicos válidos.

(15) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 280.

(16) *Ibidem*, p. 287.

(17) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 9, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, pp. 435 y 436.

(18) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 20ª edição, Vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 229.

(19) MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 449.

7. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica de la ausencia, existen al respecto diversas posiciones:

- Es un estado civil.
- Institución sui géneris.
- Implica una incapacidad de ejercicio.
- Causa modificativa de la capacidad patrimonial.

Esta última teoría es la más difundida al sostener que la ausencia es una situación peculiar de la persona, sin parangón con otras que el ordenamiento jurídico regula. De hecho el ausente, si vive, allí donde se encuentre, tendrá capacidad de ejercicio y su respectivo estado civil. La ausencia sería una desconexión entre la persona y el patrimonio entregado a la administración del representante del ausente pero que su establecimiento generan efectos en el aspecto personal del individuo.

8. FUNDAMENTO

Protege los intereses del ausente, así como el terceros (herederos, acreedores y sociedad) como dice Borda⁽²⁰⁾ de todos los que tienen un derecho subordinado a la condición de la muerte.

La ausencia como falta de presencia está unida a la prolongada carencia de noticias de la persona lo que genera una situación de incertidumbre sobre la existencia del sujeto, lo cual obliga a la adopción de medidas conservativas del patrimonio del ausente, los mismos se entregan en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de declararla (art. 50).

En el tiempo la ausencia ha evolucionado. Antes se le consideró como una causa de incapacidad (subjetivo) luego como de curatela de bienes (objetivo), además cuando está rodeada de probabilidades de muerte se transforma en muerte presunta (presunción).

(20) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 264.

9. ELEMENTOS

El estado de ausente se configura con los siguientes elementos:

9.1. Objetivo

Debe preexistir una desaparición, como situación de hecho.

No es requisito que se haya designado al curador interino basta que se compruebe la desaparición de la persona, *i.e.* que sea demostrable que la persona no ha sido hallada en los últimos 60 días desde que fue vista.

Solo el desaparecido puede ser declarado ausente.

9.2. Temporal

Transcurso de dos años desde que se tuvo las últimas noticias del desaparecido.

Este plazo se computa desde:

- Las últimas noticias de la persona, o
- Que se tuvo conocimiento certero sobre su paradero.

El plazo no se computa desde la última fecha que se informó la desaparición. Si fuera así a los 2 años que manda la norma habría que sumarle los 60 días de la desaparición. Por el contrario, con base en el principio de protección de la persona y preservación de su patrimonio se entiende que en los 2 años incluidos los 60 días de la desaparición.

El Código español (art. 183) plantea dos plazos:

- 1 año si no ha dejado nombrado apoderado.
- 3 años si dejó nombrado apoderado.

10. EFECTOS

Sus efectos repercuten sobre la persona y sus bienes.

10.1. Cambio de estado civil

Se adquiere el estado de ausente, lo que se inscribe en el Registro Personal.

Esto no significa que se limiten sus derechos hereditarios, el ausente los tiene. Hasta en tanto se emita la declaración de fallecimiento, el ausente conserva sus derechos hereditarios, para adquirir estos derechos es necesario acreditar que vivía al tiempo que era necesaria su existencia para adquirirlo⁽²¹⁾.

10.2. Posesión temporal de los bienes

Declarada la ausencia se procede a entregar los bienes del ausente en posesión temporal a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de declararla (art. 50). Son herederos forzosos, los descendientes, ascendientes y el cónyuge o conviviente (arts. 724 y 725 al 727).

El Derecho supone que el ausente vivo está. No existen evidencias ni indicios del deceso. Sin embargo, de forma antelada se beneficia a sus herederos en razón de que son los llamados a proteger en mejor forma los intereses económicos del ausente y, junto a ello, garantizar el patrimonio en cuestión que, de confirmarse la muerte, se les transmitirá en forma definitiva.

- Facultades de los herederos

Los herederos son meros poseedores, no son propietarios.

En su calidad de poseedores gozan de un derecho provisional y restringido, al ser simples administradores con facultades de usar (*utendi*) y el disfrutar (*fruedi*) de los frutos del bien con la limitación de reservar de estos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (art.51 *in fine*).

No pueden disponer (*abutendi*), enajenar, ni gravar salvo casos de necesidad y utilidad (art. 52) y previa autorización judicial en la medida de lo indispensable (art. 56).

Los bienes requieren de un cuidado, de allí que en ciertos casos se precise vender uno para preservar otros o, en todo caso, gravar uno para obtener un financiamiento que permita el mejor aprovechamiento o rentabilidad de los demás.

Los herederos al tener una posesión provisional se tienen que cumplir con dos requisitos fundamentales:

(21) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 167.

- **Elaborar un inventario valorizado**

En el que se describa detalladamente los bienes (art. 51).

Este es un mecanismo que garantiza el correcto ejercicio de su labor, ellos deben ser una suerte de *bonus pater familias*. La norma local omite exigir la constitución de garantía (a diferencia de Brasil, artículo 30 Código civil) por tratarse de personas que detentan la calidad de herederos forzosos y, además, a la existencia de la reserva del tercio de libre disposición.

- **Designación de administrador judicial**

A solicitud de cualquier heredero se procede a la designación de administrador judicial (art. 54), el que cuenta con los siguientes derechos y obligaciones (art. 55):

- Percibir los frutos.
- Rendir cuenta de su administración.
- Pagar deudas del ausente y atender gastos del patrimonio administrado.
- Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota de libre disposición del ausente.
- Distribuir regularmente entre los herederos forzosos los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.
- Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.
- Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.

En lo no previsto expresamente en el Código se aplican de forma supletoria las disposiciones del Código Procesal Civil (art. 769 y ss.) sobre administración judicial de bienes comunes (art. 57).

10.3. Continuación del cargo de curador interino de bienes

A falta de herederos, no existiendo o siendo indeterminados, corresponderá continuar en ejercicio de sus funciones el curador interino de bienes que fuera designado a razón de la desaparición (art. 50 *in fine*).

10.4. Extinción de los poderes otorgados por el ausente

La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el Registro de mandatos y poderes para extinguir los poderes otorgados por el ausente (art. 53), resultaría contradictorio mantener vigentes en forma simultánea los poderes otorgados por el ausente antes de su desaparición y aquellas facultades derivadas del ejercicio de la posesión de los herederos⁽²²⁾.

10.5. Pensión de alimentos complementaria

El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos dependientes económicamente de él, que no recibieren rentas suficientes para atender sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado. Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable (art. 58).

10.6. Nulidad del nuevo matrimonio

Por más prolongada que fuese la ausencia, y hasta que no se declara la muerte presunta, el matrimonio del ausente no se disuelve. El cónyuge del ausente está condenado a un estado de **semiviudez**⁽²³⁾ o **viudez presunta**⁽²⁴⁾.

Si el cónyuge del ausente se casa el matrimonio es nulo. Sin embargo, el nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe (art. 274, inc. 3).

Esta norma es un reconocimiento de existencia de la familia ensamblada y una aceptación a la bigamia.

10.7. Acción de separación de cuerpos

Se faculta al ascendiente del ausente a iniciar la correspondiente acción de separación de cuerpos, artículo 334.

10.8. Otros

- Termina

(22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 271.

(23) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 231.

(24) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 880.

- Sociedad de gananciales, artículos 318, 319 y 323.
- Unión de hecho, artículo 326.
- Cargo de albacea, artículo 726.
- Se suspende la patria potestad, artículo 466, inciso 2 y artículo 75 b del CAN.
- Protección del incapaz, artículos 637, 638, 653, 654.
- Habilita la contestación de la paternidad, artículo 363, inciso 2.

11. FIN

Según se establece en el artículo 59 cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:

- Regreso del ausente.
- Designación del apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.
- Declaración judicial de muerte presunta, esto no siempre sucede pues puede decretarse una muerte presunta sin previa ausencia.
- Muerte del ausente.

Como los efectos previstos son los relativos a la posesión de los bienes del ausente, en caso de producirse los hechos previstos en los dos primeros puntos, los bienes regresan al ausente, sin que este pueda reclamar los frutos (art. 908). Si se produjeran los hechos mencionados en los dos últimos puntos debe producirse la apertura de la sucesión⁽²⁵⁾.

Proceso. La solicitud de cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la ausencia o muerte presunta, se tramita conforme al Subcapítulo 5, Título I, Sección Sexta del CPC en cuanto sea aplicable (art. 794 del CPC).

(25) GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 235.

12. TRATAMIENTO DE LA AUSENCIA EN EL CÓDIGO

El Código utiliza indistintamente el término ausencia, en su sentido amplio y en su sentido técnico, mucha veces en forma de metonimia (El “no está”, “está ausente”). Sin embargo, no debemos confundir entre:

- **Ausencia propiamente dicha**, mera falta de presencia: Lenguaje común.
- **Declaración judicial de ausencia**, establecida por sentencia: Lenguaje técnico.

La primera es una **situación de hecho** de la persona que abarca desde la desaparición hasta la declaración judicial de ausencia; mientras que la segunda, es una **situación de derecho** dictada por un juez.

12.1. Ausencia propiamente dicha

Es tratada de la siguiente manera:

- Nulidad de matrimonio. Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe (art. 274, inc. 3).
- Faculta a los ascendientes del ausente a iniciar la acción de separación de cuerpos (art. 334).
- Cómputo del plazo para accionar la impugnación de la paternidad (art. 364).
- Causa para completar el número de miembros del consejo de familia (art. 637).
- Formación consejo de familia para que ejerza sus atribuciones en favor de los ausentes (art. 638).
- Ejercer funciones dentro del consejo de familia (art. 653).
- Dictarse las providencia que favorezcan a la persona cuando haya un retardo en la conformación del consejo de familia (art. 654).
- La partición de bienes de copropietarios cuando uno es ausente se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. (art. 987).

- Los representantes de ausentes pueden transigir con aprobación del juez, quien oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente (art. 1307).
- Los representantes de ausentes para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran, deben observar lo dispuesto en el artículo 1307 (art. 1651).

12.2. Ausencia judicialmente declarada

Es tratada de la siguiente manera:

- Fenece el régimen de la sociedad de gananciales (arts. 318, inc. 4 y 319).
- Preferencia del cónyuge del ausente para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera (art. 323).
- Termina unión estable (art. 326).
- Suspende patria potestad (art. 466).
- Cesa curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando se le declara ausente (art. 616).
- Termina cargo de albacea (art. 796, inc.6).
- Partición judicial es obligatoria cuando hay heredero declarado ausente, a solicitud de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes. (art. 855, inc. 2).
- Se inscriben en este Registro Personal (art. 2030, inc. 2).
- La declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido. La misma ley regula los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente (art. 2069).

CAPÍTULO CUARTO

DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Denominación. 3. Concepto. 4. Definición. 5. Características. 6. Naturaleza jurídica. 6.1. Situación declarativa. 6.2. Presunción. 6.3. Situación jurídica. 7. Fundamento. 8. Elementos. 8.1. Objetivo. 8.2. Temporal. 8.2.1. Situación normal. 8.2.2. Situación personal. 8.2.3. Situación de peligro. 8.3. Circunstancial. 8.3.1. Certeza de muerte sin cadáver. 8.3.2. Sentencia de ausencia por desaparición forzada. 9. Inscripción. 10. Efectos. 10.1. Declaración de muerte presunta y sucesión. 10.2. Nuevo matrimonio del cónyuge supérstite. 10.3. Curatela de bienes. 11. Fin.

1. ANTECEDENTES

El Derecho Romano no se ocupó de la muerte presunta.

Tampoco fue conocida por las primeras leyes de España. El *Code* no reguló esta figura, fue recién con la entrada en vigencia de la Ordenanza del 30 de octubre de 1945, que modificó los artículos 87 al 92, en el que se incorpora la declaración de muerte presunta en el sistema francés. Su origen se remonta al Código Civil alemán de 1896 (art. 14).

En el Perú, el Código Civil de 1936 se ocupó en forma inorgánica de la muerte presunta en los artículos 611 y 612.

2. DENOMINACIÓN

Es conocida como declaración de muerte presunta, presuntiva, presumida, supuesta también es denominada, muerte legal, jurídica o de derecho.

En España, declaración de fallecimiento y declaración de ausencia, en Francia.

Igualmente, se la conoce como ausencia con presunción de fallecimiento o presunción de muerte por desaparición.

El adjetivo **presunta** es significativo en razón que se trata de una situación jurídica y no de una muerte real⁽¹⁾ y en la mayoría de casos no se tiene la certeza de la muerte.

Puede ser de dos tipos:

(1) GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 355.

- **Muerte presunta**, no se tiene la certeza de la muerte. Cabe que reaparezca.
- **Muerte legal**, se tiene la certeza de la muerte. No cabe que reaparezca.

3. CONCEPTO

Es el tercer grado de la ausencia y es la definitiva.

La declaración de muerte presunta viene a constituir un tipo de ausencia.

Es la declaración de inexistencia de la persona. Un caso extremo frente a la no presencia de la persona, dándosele legalmente por muerta.

Se determina en supuestos genéricos:

- A falta del cadáver.
- El cadáver no pueda ser reconocido.
- Exista certeza de su muerte.

Es una institución legal subsidiaria. Su aplicación está destinada a funcionar cuando no sea posible proceder a la acreditación de la muerte, sea mediante comprobación directa o indirecta. El juez suplente al médico y la sentencia reemplaza el certificado de defunción.

4. DEFINICIÓN

Manuel Albaladejo entiende por declaración de fallecimiento, al auto judicial que reputa muerto a un desaparecido⁽²⁾. Según Díez-Picazo y Gullón⁽³⁾ es una situación jurídica, creada por medio de una resolución judicial, en virtud de la cual se califica a una persona desaparecida como fallecida, expresándose la fecha a partir de la cual se considera muerta abriéndose su sucesión. Para Calvo Castillo “es una situación especial de la persona, a quien se reputa fallecida, en virtud de una resolución judicial en la que se precisa la fecha sin que constituya una prueba de muerte

(2) ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil español*. Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, p. 206.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos, Madrid, 1980, p. 338.

ni una cesación absoluta de la incertidumbre legal de la existencia del declarado fallecido, pero si la última fase de dicha incertidumbre, y con unos efectos similares a los de la muerte”⁽⁴⁾.

En nuestro medio, Becerra Palomino⁽⁵⁾ entiende la declaración de muerte presunta como la resolución judicial por la cual, verificada la ocurrencia de ciertos hechos expresamente señalados en la ley, se tiene por muerta presuntamente a una persona, del mismo modo que si se hubiera comprobado su muerte, mientras no sea destruida la presunción.

La muerte presunta es una situación jurídica adquirida mediante una sentencia judicial en la que se declara muerta a una persona con todos los correspondientes efectos.

5. CARACTERÍSTICAS

La declaración de muerte presunta tiene como principales características las siguientes:

- **Aplicable a las personas físicas**

Tratándose de una forma de establecer la muerte solo es aplicable a las personas físicas. Su tratamiento se encuentra regulado en el Capítulo II del Título VII denominado **Fin de la persona**.

- **No es una muerte real pero tiene sus efectos**

La declaración de muerte presunta produce efectos *erga omnes*.

Se trata de una muerte supuesta. Existe una duda en cuanto a la existencia del individuo, no se sabe con certeza si está vivo o muerto⁽⁶⁾. Se maneja una hipótesis que la persona ha fallecido.

No es una muerte definitiva. Se encuentra supeditada a la posibilidad de reaparición y existencia del declarado muerto presunto. La declaración judicial queda sin efecto con la resolución que reconoce la existencia del muerto presunto.

(4) CALVO CASTILLO, Tobías. “Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de familia”. En: *Revista general de legislación y jurisprudencia*. 1978, p. 36.

(5) BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. “Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984”. Ob. cit., p. 26.

(6) LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008, p. 227.

- **No hay forma de declarar médicamente la muerte**

Al no haber cadáver o por ser irreconocible no puede determinarse médicamente la muerte y, por ello, tampoco puede expedirse el certificado de defunción el cual es sustituido por la sentencia judicial que permitirá obtener, finalmente, el correspondiente certificado con el cual se tramitará la partida de defunción ante el Reniec.

Esta sentencia debe considerar la situación en la que se produjo la muerte y el lugar y fecha (art. 65), la hora del deceso (en caso no poder establecerse la hora exacta, deberá indicarse las horas entre las que pudo ocurrir el hecho), esto con la finalidad de conocer el momento de la muerte así como el instante a partir del cual se origina la trasmisión sucesoria y sus efectos (art. 660). Como dice Yungano “la ley crea un mecanismo legal sustitutivo de la muerte real: la ausencia con presunción de fallecimiento, cuya declaración judicial equivale a la partida de defunción y, con ello, surgirán los efectos personales y patrimoniales de esta figura legal”⁽⁷⁾.

El lugar y el tiempo en que se produjo la muerte es importante se indique en la sentencia por varias razones, en primer lugar para establecer el derecho aplicable (el vigente o el que corresponda al lugar de la muerte), la aptitud para heredar, derechos existentes, etc.

La sentencia se inscribe en el Registro Personal (art. 2030, inc. 2).

- **Se consagran supuestos legales para su determinación**

Estos supuestos se amparan en:

- Certeza de la muerte.
- Edad del desaparecido.
- Tiempo de la desaparición.
- Circunstancias de la desaparición.
- Ausencia por desaparición forzada.

No caben alegarse otros^(*), solo los establecidos en la norma (tipicidad).

(7) YUNGANO, Arturo. *Derecho Civil*. Edición jurídica, Buenos aires, 1990, p. 204.

(*) Cas. N° 3463-2012-Lima del 07/05/2013.

- **Su trámite es materia procesal**

La declaración de fallecimiento no se produce *ipso iure*⁽⁸⁾.

La muerte la declara el juez a través de un proceso judicial no contencioso, artículos 749, inciso 5 y 790 y ss. del CPC.

Legitimación activa. Consagra una legitimación de amplio alcance. Es solicitada por cualquier interesado o por el Ministerio Público.

Discrecionalidad. En su determinación el juez aplica su criterio discrecional. Puede ser declarada improcedente por el juez, en cuyo caso podrá declarar de oficio la ausencia (art. 66). Esta facultad del juez está sustentada en el artículo VII del Título Preliminar. Esta norma evita dilaciones procesales contrarias al interés de la sociedad a fin de proteger el patrimonio del desaparecido y el de sus familiares quienes, finalmente, pueden constituirse en herederos.

Cosa juzgada de la sentencia. No hace cosa juzgada. El declarado muerto puede reaparecer. La sentencia tiene efectos erga omnes. Sin embargo, cualquiera puede impugnarla y probar que tuvieron noticias del ausente. Ello tiene importancia porque se altera el día presuntivo del fallecimiento y, por consiguiente, pueden ser otros los que tengan derecho a los bienes.

La declaración de muerte presunta se requiere:

- Desaparición.
- Determinación del supuesto.
- Proceso judicial.
- Resolución judicial que la declare.
- Inscripción en el registro.

6. NATURALEZA JURÍDICA

Tenemos tres posiciones:

(8) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 83.

6.1. Situación declarativa

Se trata de una figura cuyo efecto constitutivo es crear una **situación declarativa**: la prueba oficial del hecho jurídico que es la muerte.

6.2. Presunción

Es una *praesumptio mortis*.

Al sujeto se le **da por muerto** que no es lo mismo que **está muerto**.

Para Pescio Vargas⁽⁹⁾ su naturaleza es ser una *presunción* consecuencia de un estado de hecho. Lasarte dice que supone una presunción *iuris tantum* que no excluye la supervivencia o la posible reaparición del declarado fallecido⁽¹⁰⁾ pero mientras tal no ocurra se le considera muerto⁽¹¹⁾.

La muerte presunta constituye una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Esta presunción es la consecuencia de un estado de hecho determinado por una resolución judicial que, por lo mismo de no declarar una verdad absoluta, tendrá que ceder ante la realidad demostrada:

- Reparición.
- Demostración de existencia.

Tobías indica que la presunción de fallecimiento implica otra presunción, la que hasta el momento el ausente continúe vivo⁽¹²⁾.

6.3. Situación jurídica

Según Espinoza Espinoza⁽¹³⁾ es una **situación jurídica** donde la persona desaparecida se encuentra en una situación de hecho del que se tiene incertidumbre.

(9) PESCIO VARGAS, Victorio. *Manual de Derecho Civil*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 47.

(10) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 237.

(11) *Ibídem*, p. 234.

(12) TOBIÁS, José W. Ob. cit., p. 865.

(13) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 979 y ss.

7. FUNDAMENTO

Este instituto tiene como fundamento salvar inconvenientes prácticos derivados de la situación de incertidumbre y falta de pruebas⁽¹⁴⁾. Podemos decir que la declaración de muerte presunta se fundamenta en varias situaciones:

- Situaciones bélicas.
- Desastres naturales.
- Agreste del territorio.
- Falta de medios de medios de comunicación para hallar a la personas.

En muchos casos ha sido indebidamente utilizada a fin de obtener beneficios (seguros) o evadir a la justicia (nueva identidad), son las denominadas muertes fraudulentas, ocultas, ideadas o tramadas.

8. ELEMENTOS

Los elementos se refieren a las causas que configuran la muerte presunta.

Se trata de casos de ausencia simple (mero transcurso del tiempo) o ausencia calificadas (eventos peligrosos, certeza de muerte o ausencia por desaparición forzada).

Se encuentran consagrados en el artículo 63.

8.1. Objetivo

La persona debe estar en la situación de hecho de desaparecida. Para la declaración de muerte presunta se requiere que la persona se encuentre fuera del lugar de su domicilio o del lugar donde se encuentran sus bienes y que no se tengan noticias de ella.

No es necesario ni el nombramiento de curador interino de bienes, ni la declaración de ausencia. Basta acreditar cuando se tuvo las últimas noticias o la situación de peligro en que se produjo la misma a efectos de acreditar los siguientes elementos (temporal o circunstancial).

(14) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 836.

8.2. Temporal

El tiempo es un factor importante en la declaración de muerte presunta. En algunos casos agrega la casi certeza de la muerte⁽¹⁵⁾.

Tiempo Años	Supuesto
10	Más de 80 años
5	Menos de 80 años
2	Situación de peligro

8.2.1. Situación normal

Diez años desde la última noticia del desaparecido.

8.2.2. Situación personal

Cinco años si el desaparecido tuviere más de 80 años.

En el Código del 36 se debía esperar a que el desaparecido cumplierse 80 años, ahora hace mención a que deben transcurrir cinco años, esto en cuanto que era infrecuente que las desapariciones se den en este intervalo de edad o con posterioridad al cumplimiento del hecho.

El Código español maneja el mismo plazo pero con la edad de 75 años.

8.2.3. Situación de peligro

Dos años para que proceda la declaración siempre y cuando haya **circunstancias constitutivas de peligro de muerte**, terremoto, tifón huracán, alud, huayco, naufragio, accidentes aéreos, actos subversivos, campañas bélicas).

El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso, fijando así un criterio para determinar el término inicial del evento peligroso.

El Código español maneja otros plazos:

- 1 año por causa de violencia contra la vida.
- 3 meses en casos de siniestro (naufragio, inmersión en el mar, siniestro de aeronave).

(15) Ídem.

En el Código de 1936 el plazo era de 3 años.

Sería arbitrario y caprichoso mantener indefinidamente por vivo al ausente por el mero hecho que no se pudiera probar concretamente las circunstancias de su muerte⁽¹⁶⁾.

8.3. Circunstancial

8.3.1. Certeza de muerte sin cadáver

Exista la certeza de la muerte sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. Se trata de casos en los que resulta imposible que la persona pueda haber sobrevivido al acontecimiento donde desapareció⁽¹⁷⁾. La muerte es indudable, es tan evidente que no necesita prueba, un caso de flagrancia civil⁽¹⁸⁾.

Por ejemplo, tenemos:

- El **accidente** del Transbordador Espacial Challenger el 28 de enero de 1986 no cabe duda de que no hubieron sobrevivientes (entre ellos la profesora de primaria Christa McAuliffe), sin embargo, nunca se encontraron los cuerpos de ninguno de sus siete tripulantes.
- Los ocupantes del piso 80 de la Torre Norte del World Trade Center de Nueva York del 11 de setiembre de 2001, lugar exacto donde impactó el avión Boeing 767 de American Airlines.

8.3.2. Sentencia de ausencia por desaparición forzada

Es un supuesto no consagrado en el Código, la ausencia por desaparición forzada como una situación jurídica especial. Está regulada en la Ley N° 28413 (DOEP, 11/12/2004).

Antecedentes. Esta Ley es una norma especial que sigue la tendencia en el Derecho comparado (Argentina, Brasil) de aquellos países que sufrieron innumerables desapariciones involuntarias de sus ciudadanos sin tener noticias de su paradero (guerrilla, terrorismo, narcotráfico, conflictos sociales, etc.), estando en armonía con la Convención Interamericana

(16) Ídem.

(17) GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 205.

(18) PEYRANO, Jorge W. "La flagrancia civil". En: *La Ley*. Miércoles 12 de marzo de 2014, año LXXXVIII, N° 48, Tomo La Ley 2014-B.

sobre desaparición forzada de personas (Brasil, 9 de junio de 1994), ratificada por el Perú el 13 de enero del 2002, así como con la doctrina jurisprudencial dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Denominación. La institución debió llamarse “Declaración de muerte presunta por desaparición forzada”. Esta es la denominación real que evita la errónea categorización generada por el actual nomen iuris que se condice con la situación jurídica tratada. Es una ausencia extrema que permite presumir y declarar la muerte del desaparecido en las situaciones indicadas.

Finalidad. Otorgar una solución práctica y eficaz al reconocimiento de los derechos de aquellos familiares e interesados de quienes por motivos especiales se desconoce su paradero, habiéndose producido su desaparición en la forma y oportunidad que establece la citada Ley. Toma como base el Informe de la Comisión de la Verdad.

Definición. La ausencia por desaparición forzada es la situación jurídica de las personas que hubieran desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero, durante el periodo 1980-2000.

Comprende los siguientes casos de desaparición:

- Por arresto, detención, traslado contrario a su voluntad o cualquier tipo de privación de libertad.
- Enfrentamiento armado en zonas declaradas de operación militar o de emergencia.

Efectos. Como fenómeno jurídico, la ausencia por desaparición forzada se subsume dentro de la figura de la ausencia. Sin embargo, técnicamente, si bien no está considerado en el artículo 63 del Código, es un supuesto más para declarar la muerte presunta incorporada a nuestra normatividad a través de la Ley (descodificación de un supuesto).

Publicidad y constancia. La forma de canalizar esta ley es la siguiente:

- El registro de los desaparecidos es ante la Defensoría del Pueblo.
- Se publicitan los casos.
- Se entregan constancias de ausencias por desaparición forzada.

Declaración de muerte presunta

Del proceso

Es un proceso judicial gratuito

Juez competente	El Juez de Paz Letrado del último domicilio del desaparecido o donde tenía sus bienes.
Legitimación activa	El cónyuge, conviviente, descendientes, parientes, aquellos que tengan legítimo interés o el Ministerio Público.
Requisitos	- Demanda - Constancia de ausencias por desaparición forzada - Demostrar vínculo familiar o interés para obrar.
Etapas	- Se notifica al desaparecido - Se dicta sentencia a los 30 días - Se inscribe la sentencia en el Reniec.

Reparación. Se rige por la normativa civil.

Vigencia. Es una ley que viabiliza situaciones de desapariciones difíciles pero con el tiempo, siendo cada vez menos los interesados, carecerá de sentido.

Tratándose de una ley de contenido social y estando de por medio la defensa de los derechos humanos no prescribe.

Diferencia entre el proceso de declaración de muerte presunta

Declaración de muerte presunta	Solicitud	15 días	Audiencia de actuación y decisión	3 días	Sentencia
	5 días Contradicción				
Ausencia por desaparición forzada	Demanda		Notifica al desaparecido por 30 días	5 días	

9. INSCRIPCIÓN

Se inscribe en el Registro Personal las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas (art. 2030, inc. 2).

La sentencia que declara la muerte presunta se inscribirse en el Registro de Defunciones del Registro del Estado Civil. Concluido el proceso judicial el Juez de Paz Letrado ordena la inscripción de la sentencia en

el Reniec, según lo dispuesto en el artículo 7 literal b) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil⁽¹⁹⁾.

La sentencia que declara la muerte presunta da lugar a que se extienda la correspondiente partida de defunción.

10. EFECTOS

La declaración de muerte presunta da lugar a una situación de carácter indefinido en la que el ordenamiento considera muerta a una persona ausente; opera como sustitutivo de la muerte en las que la misma no puede probarse⁽²⁰⁾.

La declaración de muerte presunta produce los mismos efectos de la muerte.

Sin embargo, tenemos los siguientes especiales:

10.1. Declaración de muerte presunta y sucesión

El artículo 60 preceptúa, como efecto de la declaración de muerte presunta, la consiguiente apertura de la sucesión, sin limitación alguna. Sucesión definitiva: determinación de los herederos y la asignación patrimonial de los bienes.

El Código Civil español establece excepciones, da una solución distinta al prohibir a los herederos del muerto presunto el derecho de disponer de los bienes de la sucesión hasta pasados cinco años de su declaración de fallecimiento, asimismo los legados serán entregados luego de transcurrido dicho plazo (art. 196). Son cautelas justificadas⁽²¹⁾ que se aplican frente a la probable reaparición y funcionan como medidas de defensa, de cautela *in favor* muerto presunto manteniendo indemne su patrimonio. Podemos decir que esta salvaguarda no es otra cosa que una presunción de vida en la declaración de fallecimiento. Declarada la muerte hay que esperar que se consolide, el tiempo determina

(19) Artículo 7.- Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil: b) Registrar los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley.

(20) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. "La desaparición y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional privado". En: *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, Nº 2, 1995, p. 41 y ss.

(21) CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). Ob. cit., p. 84.

10.2. Nuevo matrimonio del cónyuge supérstite

El cónyuge del declarado muerto presunto tiene como estado civil el de viudo, en mérito de la disolución de su matrimonio, razón por la cual puede contraer uno nuevo, el que surte plenamente todos sus efectos sin ningún tipo de condición o plazo.

En caso se declare la existencia, *i.e.* se compruebe que muerto no estaba, ello no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge supérstite (art. 68). El matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto no es (art. 274, inc. 3), es válido.

10.3. Curatela de bienes

La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto (art. 616).

11. FIN

La muerte presunta queda sin efecto con el reconocimiento de existencia.

Proceso. Se trata de un proceso no contencioso (art. 749, CPC). La solicitud de reconocimiento de presencia se tramita conforme al Subcapítulo 5, Título I, Sección Sexta del CPC en cuanto sea aplicable (art. 794, CPC).

CAPÍTULO QUINTO

RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Definición. 3. Características. 4. Elementos. 4.1. Objetivo. 4.2. Formal. 5. Inscripción. 6. Efectos. 6.1. Estado civil. 6.2. No invalida el matrimonio. 6.3. Reivindicación de sus bienes. 6.4. Recupera la patria potestad.

1. CONCEPTO

Ante muerte incierta, probabilidad de existencia.

La declaración judicial de la muerte está siempre a expensas de la reaparición de la persona.

Es consecuencia lógica y directa de la muerte presunta. Al no ser cierta la muerte y estar viva la persona deberá constatarse su existencia, dejando sin efecto la muerte judicialmente declarada.

La reaparición debe ser acreditada y declarada judicialmente. El reconocimiento de existencia es la comprobación legal de la supervivencia del declarado muerto.

2. DEFINICIÓN

Es aquella institución a través la cual se deja sin efecto el estado de deceso de una persona mediante un proceso judicial en el que se reconoce la existencia de quien fuera declarado muerto presunto.

3. CARACTERÍSTICAS

Entre las características tenemos las siguientes:

- Es un caso de supervivencia o reaparición.
- Es un tema de importancia jurídico existencial.
- Implica readquirir la calidad de sujeto de derecho.
- Toda persona declarada muerta tiene el derecho a que se reconozca su existencia.

4. ELEMENTOS

4.1. Objetivo

Debe probarse la supervivencia o reaparición.

No es necesario el retorno físico, ni la presencia directa o *in situ*.

4.2. Formal

Ser declarado en proceso judicial.

Se trata de un proceso no contencioso (art. 749 del CPC). La solicitud de reconocimiento de presencia y cesación de efectos de la sentencia que hubiera declarado la desaparición, ausencia o muerte presunta, se tramita conforme al Subcapítulo 5, Título I, Sección Sexta del CPC en cuanto sea aplicable (art. 794 del CPC).

No es necesario hacerlo en el mismo proceso judicial que declaró la muerte presunta, lo cual si era exigido por la norma originaria del Código cuando decía **dentro del mismo proceso**, lo que fue modificado por el Código Procesal Civil. Esta modificación facilita la realización del instituto del reconocimiento. Antes, como se trataba en el mismo proceso, debía solicitarse el desarchivamiento del proceso y designación del juez que se encargue del trámite solicitado, lo cual genera un doble costo: de tiempo y dinero. Con la modificación la pretensión es canalizada ante un nuevo juez.

5. INSCRIPCIÓN

La sentencia se inscribe en el Registro Personal (art. 2030, inc. 2).

6. EFECTOS

Los efectos son variados:

6.1. Estado civil

Se pasa de muerto a vivo, cambio de estado civil.

El reconocimiento de existencia elimina el estado de muerto y se recobra el de vivo. Se pasa a ser nuevamente persona con todos los derechos, obligaciones y deberes propios de un sujeto de derecho readquiriendo los

que tenía, que si bien en un momento se extinguieron, con la reaparición y respectiva declaración judicial readquieren vigencia.

La presunción de muerte se destruye y deja sin efectos lo resuelto con la sentencia de declaración de muerte presunta.

De haber estado casado, el estado civil del reaparecido o sobreviviente será el de divorciado, en aplicación supletoria del artículo 284. No es viudo, dado que su excónyuge vive; no es soltero dado que luego del matrimonio nunca más volverá a adquirir dicho estado. “Soy soltero en tanto no me case. Soy divorciado o viudo, siempre que no vuelva a contraer matrimonio”⁽¹⁾.

6.2. No invalida el matrimonio

El retorno no afecta el matrimonio contraído por el cónyuge del muerto presunto.

Se prefieren los nuevos vínculos a los pretéritos⁽²⁾.

Según el artículo 64 la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido, *rectius* del declarado presuntamente muerto, tratándose de una disolución ipso iure; de esta manera, el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge (art. 68).

La solución es directa. Declarada la muerte, el cónyuge supérstite adquiere el estado civil de viudo y puede contraer nuevas nupcias las que producen todos sus efectos y no está condicionada su eficacia y validez a la reaparición, esta solución se inspira en la preocupación de mantener incólume el principio de indisolubilidad del vínculo conyugal⁽³⁾.

El legislador se apartó de la solución consagrada por el artículo 65 del Código italiano que, no obstante permite al cónyuge del desaparecido contraer nuevo matrimonio, no disuelve el celebrado con la persona cuya muerte presunta fue declarada por lo que, conforme al artículo 68 del *Códice*, el segundo matrimonio es nulo con el retorno y reconocimiento de existencia del primero cónyuge (quien nunca perdió dicha estado).

(1) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, 1ª edición, coedición Gaceta Jurídica - Universidad de Lima, 2011,

(2) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 295.

(3) *Ibidem*, p. 294.

El Código peruano y el italiano plantean dos supuestos contrapuestos:

- El **peruano**, la reaparición no afecta el nuevo matrimonio, es válido.
- El **italiano**, la reaparición afecta al nuevo matrimonio, es nulo.

Se trata de tema complejo en el que Guevara Pezo⁽⁴⁾ se plantea dos interrogantes: Por qué el Código obliga a permanecer irremisiblemente en el **nuevo matrimonio**, si a lo mejor ha descubierto que el anterior le dio verdadera felicidad y si a lo mejor, además tuvo hijos en él, que no los tuvo en el siguiente o, a **contrario sensu**, si la situación es inversa, mejor dicho, que el matrimonio feliz y la existencia de hijos se hubiera producido en el nuevo matrimonio. Por estas razones, tanto la solución del Código peruano como del italiano terminan siendo injustas. Lo más equitativo sería facultar al cónyuge que contrajo la nupcias impugnar el nuevo matrimonio o quedarse en él.

Los antecedentes de la norma que tenemos son⁽⁵⁾:

Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Carlos Fernández Sessarego) 1980	Comisión Reformadora 1981	Comisión Revisora 1984
El segundo matrimonio es nulo, debiendo surtir los efectos como si fuera uno de buena fe. Sostenía el ponente que si la persona readquiere sus derechos patrimoniales y personales debía ocurrir lo mismo tratándose de su estatus matrimonial ⁽⁷⁾ .	El segundo matrimonio es nulo, debiendo surtir los efectos como si fuera uno de buena fe respecto de los hijos que se hubieran procreado. El cónyuge de la persona cuya declaración de existencia se efectuó decidirá entre el primer y segundo cónyuge a fin de contraer nuevo matrimonio.	La declaración judicial de muerte presunta no invalida el nuevo matrimonio.

6.3. Reivindicación de sus bienes

Es un efecto de contenido patrimonial.

El reconocimiento de existencia faculta a la reivindicación de bienes (art. 69) esto no quiere decir que los actos de disposición realizados, onerosos o gratuitos, se vean afectados; no, estos serán respetados y se mantendrán en cabeza de su nuevo titular.

(4) GUEVARA PEZO, Víctor. Ob. cit., p. 237.

(5) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil*. Tomo I, Talleres Gráficos de Okura Editores, Lima, 1985, p. 67.

Carlos Fernández Sessarego plantea los siguientes efectos⁽⁶⁾:

- El juez apreciará la buena o mala fe de las personas que poseían los bienes. No podrán ampararse los actos de mala fe. Respecto de los realizados de buena fe, el declarado existente no podrá reclamar la restitución de los bienes enajenados o de las sumas pagadas para extinguir obligaciones.
- Se deben tener presentes las reglas de posesión, transferencia de propiedad y aquellas otras pertinentes.
- Los actos de disposición y de gestión realizados por herederos son firmes.
- El declarado existente tiene derecho:
 - A sustituirse en las relaciones jurídicas constituidas durante su desaparición.
 - A reclamar el precio pendiente de pago de bienes que se hubiesen vendido.
- A reivindicar los bienes adquiridos con el producto de la venta de los que le pertenecían (subrogación real).
- La declaración de existencia no impide el curso de la prescripción ni el cumplimiento de la usucapión.

El Código español (art. 197) considera que el declarado existente:

- Recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren.
- Tendrá derecho al precio de los bienes vendidos o a los bienes que con este precio se hayan adquirido.
- No podrá reclamar rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.

(6) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 298.

6.4. Recupera la patria potestad

El declarado existente, si bien no recobra la relación matrimonial, si recupera la relación paterno filial de forma que recobra la patria potestad, esa autoridad paternal respecto de los hijos.

Teoría General de la Ausencia

	Ausencia			Declaración de muerte presunta
	Desaparición	Ausencia	No indispensable	
Definición	Indispensable	Situación de derecho	Situación de derecho	Situación de derecho
Elementos				
- Subjetivo	Sin noticias de su paradero.			
- Objetivo	No está en su domicilio.	Desaparecido.		Desaparecido.
- Temporal	Por más de 60 días.	Por más de 2 años.		- 10 años persona normal. - 5 años si tiene más de 80 años. - 2 años en situación de peligro.
- Circunstancial				- Certeza de muerte. - Ausencia por desaparición forzada.
Efectos	- Curador interino de bienes - Representación unilateral de la sociedad conyugal	- Entrega de bienes en posesión temporal a los herederos forzosos. - A falta de herederos forzosos continúa en su cargo el curador interino de bienes. - Se adquiere estado de ausente. - Termina: • Sociedad de gananciales. • Unión de hecho. • Cargo de albacea. - Se suspende la patria potestad. - No invalida el matrimonio. Si el cónyuge del ausente se casa el matrimonio es nulo. - Se faculta al ascendiente del ausente a iniciar la acción de separación de cuerpos. - Protección del incapaz en el consejo de familia.	- Entrega de bienes en posesión temporal a los herederos forzosos. - A falta de herederos forzosos continúa en su cargo el curador interino de bienes. - Se adquiere estado de ausente. - Termina: • Sociedad de gananciales. • Unión de hecho. • Cargo de albacea. - Se suspende la patria potestad. - No invalida el matrimonio. Si el cónyuge del ausente se casa el matrimonio es nulo. - Se faculta al ascendiente del ausente a iniciar la acción de separación de cuerpos. - Protección del incapaz en el consejo de familia.	Los mismos de la muerte
Cesa	- Regreso. - Declaración de ausencia. - Muerte.	- Regreso. - Nombramiento de apoderado. - Muerte.		- Regreso y consecuente reconocimiento de existencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil español*. Tomo I, Librería Bosch, Barcelona.
- ATO DEL AVELLANAL, Roberto. “Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho”. En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. N° 18, Buenos Aires, 1967.
- BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. “Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984”. En: *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45, Lima, diciembre de 1991.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, Vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- CALVO CASTILLO, Tobías. “Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de familia”. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1978.
- CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.): *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, España, 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español y foral*. Tomo I, Volumen 11, 14ª edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Reus, Madrid, 1987.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- COVIELLO, Nicolás. *Manuale di Diritto Civile italiano*. Soc. Edit. Librería, Milano, 1924.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. “La desaparición y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional privado”. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. N° 2, Vol. XLVII, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Tecnos, Madrid, 1980.

- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de personas*. 4ª edición, Pa-lestra Editores, Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Dere-cho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
- GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición ac-tualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- JOSSERAND, Louis. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho Privado*. Legis, Primera reimpresión, Colombia, 2008.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MAZZONI, Pacifici. *Istituzioni Di Diritto Civile italiano*. Tipogra-fía e litografía Pellas, Firenze, 1914.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 9, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. “Ausencia y desaparición”. En: *Juris-prudencia argentina*. Buenos Aires, 12 de junio de 1975.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PESCIO VARGAS, Victorio. *Manual de Derecho Civil*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
- PEYRANO, Jorge W. “La fragancia civil”. En: *La Ley*, miércoles 12 de marzo de 2014, año LXXVIII, N° 48, Tomo La Ley 2014-B.
- RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Casa Editrice Eugenio Jóvene, Napoli, 1984.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil*. Tomo I, Talleres Gráficos de Okura Editores, Lima, 1985.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho español*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- TAMASSIA, Nino. “L’assenza nella storia del diritto romano”. En: *Archivio giuridico*, 36, 1886.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, 1ª edición, coedición Gaceta Jurídica - Universidad de Lima, 2011.
- YUNGANO, Arturo. *Derecho Civil*. Edición Jurídica, Buenos Aires, 1990.

TÍTULO SEXTO

CAPÍTULO PRIMERO

FIN DE LA PERSONA

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Antecedentes. 3. Concepto. 4. Etimología. 5. Denominación. 6. Definición. 7. Características. 7.1. Directas. 7.2. Indirectas. 8. Naturaleza jurídica. 9. Determinación. 9.1. Antecedentes. 9.2. Actualidad. 9.2.1. Muerte cerebral. 9.2.2. Muerte cardíaca. 10. Clases. 10.1. Desde el punto de vista de la medicina. 10.1.1. Muerte biológica. 10.1.2. Muerte clínica. 10.2. Desde el punto de vista del Derecho. 10.2.1. Muerte legal. 10.2.2. Muerte civil. 10.3. Desde el punto de vista de su establecimiento. 11. Muerte aparente. 11.1. Catalepsia. 11.2. Catatonía. 11.3. Congelación. 11.4. Estado de coma. 12. Efectos. 12.1. Persona. 12.2. Sucesión. 12.3. Relaciones de familia. 12.4. Plazo de viudez. 12.5. Actos de última voluntad. 12.6. Estado civil. 12.7. Publicación póstuma. 12.8. Derechos que trasuntan y otros que surgen. 12.9. Objeto de derecho - Cadáver. 12.10. Obligaciones *intuitu personae*. 12.11. Derecho a la muerte. 13. Base legal. 13.1. Código Civil. 13.1.1. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte crean derechos. 13.1.2. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte extinguen derechos. 13.1.3. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte crean obligaciones. 13.1.4. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte extinguen obligaciones. 13.2. Código Penal. 13.3. Ley General de Salud. 13.4. Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos. 13.5. Reglamento de la ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos. 13.6. Ley de cementerios y servicios funerarios. 13.7. Reglamento de la Ley de cementerios y servicios funerarios.

1. GENERALIDADES

La muerte es el fin de la vida.

El estudio de la muerte tiene como correlato la noción de la vida. Ello nos permitirá comprender mejor cómo es que el cambio –de un estado a otro– lleva consigo efectos que pueden ser analizados desde diversos ámbitos: social, jurídico, filosófico, biológico, religioso, etc. De la configuración de la muerte, como un hecho jurídico, trascienden consecuencias normativas respecto de relaciones humanas.

La sociedad busca comprender el fenómeno de la muerte en distintas formas, buscando adjudicarle un significado real, moderno y trascendente.

La muerte constituye la cesación definitiva de las funciones vitales de un organismo. Resulta ser un hecho inexorable del acaecer biológico. Se traduce en la degradación de sistemas energéticos de células, tejidos u órganos, con pérdida de las funciones físicas y mentales que constituyen la vida humana, degradación esta que puede ser brusca o gradual.

Vida y muerte son términos opuestos pero complementarios. Para morir debo vivir. Todo aquel que vive en su momento morirá. La vida equivale a un complejo de fenómenos bioquímicos. Con la muerte dejan de cumplirse, quedando el cuerpo humano en estado inerte.

La ciencia que estudia a la muerte se llama tanatología, *thanatos*, *θάνατος*; muerte y *logos*, definición o tratado. Es el conjunto de conocimientos relativos a la muerte.

2. ANTECEDENTES

La muerte es uno de los enigmas más grandes.

Desde su origen el ser humano se ha enfrentado al dilema de comprender el significado de la muerte. El fin de la vida es materia de preocupación constante.

La muerte es universal. A todos les llega. Nadie escapa de ella. Cada cultura la ha vivido y asumido de diferentes formas. El proceso de la muerte no se ha modificado pero las actitudes, creencias y conductas que la rodean son variadas. La cultura, a lo largo de los años, ha moldeado diversas experiencias, muchas de las cuales han derivado en rituales, algunos considerados tabúes.

Se tienen datos remotos acerca de ceremonias fúnebres en la prehistoria (las sepulturas y tumbas del hombre de Neandertal). La actitud del hombre de dichas épocas hacia sus muertos debió ser una mezcla de respeto y temor⁽¹⁾.

3. CONCEPTO

Para el Diccionario de la Real Academia Española⁽²⁾, Muerte (Del lat. *mors, mortis*) significa, cesación o término de la vida.

La muerte es lo contrario a la vida. Del dinamismo a la paralización. La muerte es la cesación de la actividad física. Todo aquello que ha nacido, crecido y desarrollado tiene como fin la muerte. Es el fin de la existencia y punto de partida de mortalidad. La muerte es la cesación o extinción de las funciones vitales. Es un hecho biológico con trascendencia legal. Solo se muere una vez.

La muerte es el momento extintivo de la subjetividad⁽³⁾.

Borda⁽⁴⁾ considera, acertadamente, que la existencia jurídica de las personas naturales termina con la muerte. Tobías sostiene que “El concepto de muerte no puede ser único. El concepto de muerte, a la luz de las nuevas técnicas de reanimación y posibilidades terapéuticas, no puede

(1) GÓMEZ SANCHO, Marcos. *Medicina paliativa: La respuesta a una necesidad*. Ed. Aran, Madrid, 1998, p. 25.

(2) <www.rae.es>, 27/06/2013.

(3) BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pp. 96 y 105.

(4) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 258.

basarse en una mera suspensión de las funciones vitales, sino que debe tomar en cuenta la posibilidad del restablecimiento integral de ellas”⁽⁵⁾.

El estudio de la muerte debe realizarse desde distintos puntos de vista. Es un tema multidisciplinario. Rico Lara nos dice que: “El morir y la muerte son temas obligados de la biología, la medicina, la filosofía, el derecho, la teología; temas que ninguna de estas ciencias puede confiar despreocupadamente en cualquiera de las otras. Cada una de ellas tiene su propio saber acerca del morir, y de la muerte, que no coincide de manera adecuada con el concepto que las demás tienen de esta realidad, pero que tampoco les es indiferente”⁽⁶⁾.

La muerte es un concepto en evolución. No es estático, dinámico es. Responde al avance de la ciencia en lo que a la identificación de la vida se refiere. Tobías⁽⁷⁾ indica que existen causas que han inducido a un replanteo del concepto tradicional de la muerte, tales como:

- Las nuevas técnicas de reanimación.
- Las técnicas de trasplantes de órganos.

No existe un atentado contra la muerte. No es un bien jurídicamente tutelado. La muerte se produce, se ejecuta. Somos pasibles de ella. Elimina la vida. Su realización deliberada contra tercero implica un delito, homicidio.

4. ETIMOLOGÍA

Del latín *mors* gen. *mortis* (it. *morte*, fr. *mort*) el mismo que ha generado con el transcurrir del tiempo en el verbo morir.

De esta raíz se derivan una serie de palabras como:

- Mortal
- Muerto
- Inmortal

(5) TOBIÁS, José W. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 15 y 16.

(6) RICO LARA, Manuel. “Trasplantes de órganos en cuerpo humano”. En: *Revista de Derecho Judicial*, N° 41, Madrid, p. 42.

(7) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 807 y 808.

- Mortífero
- Mortificar
- Moribundo
- Mortalidad
- Inmortalizar
- Inmortalidad
- Mortificación

5. DENOMINACIÓN

También se denomina:

- Cese
- Óbito
- Ocaso
- Partida
- Deceso
- Extinción
- Desenlace
- Defunción
- Expiración
- Finamiento
- Postrimería
- Perecimiento
- Acabamiento
- Fallecimiento
- Hora suprema
- Último momento

6. DEFINICIÓN

Definir la muerte es difícil y hasta peligroso, *Omnis definitio in iure civili periculosa est.*

Desde el punto de vista genérico, la muerte es la finalización de las actividades vitales de un organismo. Médica y legalmente, es la cesación de toda actividad en el encéfalo, demandándose además que esta finalización sea completamente irreversible.

Implica diversos ámbitos: biológico, médico, legal, social, religioso, etc., los cuales se encuentran entrelazados de una forma compleja.

Desde el punto de vista biológico la muerte es un proceso. Ya los clásicos de la medicina legal dijeron que “el cuerpo no muere una sola vez, la inteligencia se apaga un poco antes que la respiración y la circulación y estas a su vez antes que el tejido muscular y este, finalmente, antes que la piel y las mucosas”.

La Declaración de Sydney de la Asociación Médica Mundial – AMM sobre la muerte de 1968 indica que la muerte es un proceso gradual a nivel celular variando la capacidad de los tejidos para resistir la privación del oxígeno.

La muerte es el cese definitivo e irreversible de las funciones vitales (respiratorias, cardiovasculares y nerviosas) que determinan la extinción definitiva de la vida y, como tal, del sujeto de derecho.

7. CARACTERÍSTICAS

La muerte tiene las siguientes características:

7.1. Directas

Son aquellas características que se extraen del acto mismo de la muerte.

- a) **Hecho real y natural**, se produce cuando la circulación, respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente.
- b) **Irreversible**, no hay marcha atrás. Sin embargo, en la actualidad, mediante la **criogenización**, la muerte podría llegar a ser un fenómeno reversible.
- c) **Definitiva**, es el cese de la actividad biológica del sujeto.

- d) **Proceso**, la muerte no es inmediata, es consecuencia de una serie de eventos.
- e) **Destino final inexorable de todo ser vivo**, máxime cuando en ella se paraliza, en forma definitiva, la circulación y de respiración.

7.2. Indirectas

Dada sus consecuencias jurídicas, la muerte adicionalmente puede caracterizarse por:

- a) **Hecho jurídico**, genera efectos jurídicos.
- b) **Relevancia jurídica**, trasciende lo biológico generando consecuencias legales.
- c) **Transformación del estatus**, el sujeto de derecho pasa a ser objeto de derecho, en sí un cadáver.

8. NATURALEZA JURÍDICA

La muerte es un hecho jurídico⁽⁸⁾.

Básicamente un hecho biológico que genera consecuencias legales. Un hecho físico incontestable⁽⁹⁾.

La muerte, como el nacimiento y la concepción, constituye hechos jurídicos. Es un hecho jurídico que desencadena una variada gama de consecuencias dentro del ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁾.

Es un hecho jurídico que constituye el fin de la persona natural como ser humano y, por consiguiente, como sujeto de Derecho, generando un complejo número de efectos jurídicos.

(8) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial San Marcos, Lima, 2005, p. 218. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

(9) LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 156.

(10) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. *Trasplantes de órganos entre personas con órganos de cadáveres*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 286.

9. DETERMINACIÓN

La vida es un devenir temporal y espacial, con principio y fin.

El final de la vida es la muerte. La vida es dinamismo; la muerte, paralización. No se da en un momento, se desenvuelve a lo largo de un proceso.

El ser humano nace, crece, se reproduce y muere. Por lo tanto, la muerte, desde un punto de vista biológico, implica la extinción total de las células que conforman los órganos y tejidos. La muerte celular que se produce de una manera gradual y diferenciada⁽¹¹⁾.

La muerte es un hecho inexorable del acaecer biológico. Se traduce en la degradación del sistema energético a través de las células, tejidos u órganos, con pérdida de las funciones vegetativas y mentales que constituyen la llamada vida humana, degradación que puede ser brusca o gradual.

Al respecto, podemos hablar del proceso biológico de morir⁽¹²⁾:

- Cesación del funcionamiento del córtex.
- Cesación en cuanto al tronco encefálico.
- Cesación de los movimientos respiratorios espontáneos.
- Cesación de la actividad cardíaca.
- Cesación de otras funciones.

Con relación al aspecto del cuerpo, hay una gama de elementos a considerarse. De todos, el primero y más importante es el **semblante hipocrático**, llamado así porque fue Hipócrates el primero en describirlo. Son diez sus principales características:

- 1) Ojos huecos.
- 2) Frente arrugada.
- 3) Piel seca, pálida o plúmbea.
- 4) Orejas retraídas para arriba.

(11) MORALES GODOL, Juan. *Instituciones del Derecho Civil*. Palestra editores, Lima, 2005, p. 388.

(12) LIMONGI, Franca. "El concepto de muerte ante el derecho al trasplante y el derecho hereditario". En: *Código Civil peruano: Balance y perspectiva*. Tomo I, Congreso Internacional, Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 247.

- 5) Pómulos del rostro cóncavos.
- 6) Cuello arrugado y abarquillado.
- 7) Sienes deprimidas y arrugadas.
- 8) Labios suspendidos o colgantes.
- 9) Nariz puntiaguda con orla ennegrecida.
- 10) Pelos de las fosas nasales y de las pestañas, o unos u otros, empolvados con polvo blanquecino.

La llamada máscara irremediable de la muerte, de la conclusión del ciclo de la vida y el fin de la persona y del sujeto de derecho.

Martínez Morales⁽¹³⁾ afirma que resulta discutible establecer cuando cesa la vida: por paro cardíaco, paro respiratorio o muerte cerebral. Existen opiniones en el sentido de que la vida celular (por ejemplo: cabellos y uñas) se prolonga después de que se ha detenido otros procesos biológicos.

Nuestros ancestros no creyeron en la muerte como fin de la persona. “La muerte no fue el final, los hombres al ingresar al mundo de los muertos seguían ejerciendo sus mismas obligaciones y privilegios, razón para sepultarlos con bienes y provisiones. Cada tumba Mochica refleja la posición social y actividad desarrollada en la vida”⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, la ciencia ha establecido criterios para su determinación.

9.1. Antecedentes

Un adagio latino dice *Mortus est qui non resollat et non patalare potest* - Muerto es quien no respira [resuella] ni se mueve [no puede patelear].

A lo largo de la historia, la muerte del ser humano ha sido entendida de diversas formas:

Cesación	Comprobación
Funciones respiratorias	Empañamiento del espejo
Actividad cardíaca	Falta de pulso
Actividad cerebral	Estado inconciencia y falta de reacción

(13) MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Diccionario Jurídico General*. Tomo II, Iure Editores, México, 2006, p. 789.

(14) MUSEO DEL SEÑOR DE SIPÁN, Lambayeque, 2004.

La muerte resulta de presupuestos lógicos y biológicos antes que jurídicos⁽¹⁵⁾.

9.2. Actualidad

La muerte pone fin a la persona (art. 61 del CC y 108 de la LGS).

9.2.1. Muerte cerebral

La regla es que la cesación irreversible de las funciones cerebrales determina la muerte.

Para la Ley General de Salud “(...) Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y pueden ser usados con fines de trasplantes, injerto o cultivo” (art. 108).

La muerte se produce con la cesación definitiva o irreversible de las funciones encefálicas (art. 3, Ley General de donación y trasplantes de órganos y tejidos humanos - Ley N° 28189⁽¹⁶⁾). La muerte encefálica se da con el cese irreversible de las funciones del tronco encefálico (art. 4, Reglamento de la Ley General de donación y trasplantes de órganos y tejidos humanos⁽¹⁷⁾).

Así de la cosas, la muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona (art. 61 del CC y art. 108 de la LGS).

9.2.2. Muerte cardiaca

La excepción es que paralización del corazón fija el momento de la muerte.

La LGS (art. 108) y el Reglamento de la Ley de trasplantes (art. 3) establece un criterio adicional para determinar la muerte: la constatación de la paralización de la actividad cardiorrespiratoria.

Criterio dicotómico de la determinación de la muerte. Ha sido sustentado en el hecho que los servicios tecnológicos de salud no son vastos ni suficientes en todo el país de forma que existiendo ciertos lugares donde

(15) TOBÍAS, José W. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Ob. cit., p. 805.

(16) (DOEP. 18/03/2004). Derogó la Ley N° 23415, modificada por Ley N° 24703 (salvo el Registro Nacional de Donantes, Comité de Solidaridad Social y creación del Banco de Órganos y Tejidos) y su Reglamento el D.S. N° 014-88-SA.

(17) D.S. N° 014-2005-SA (DOEP, 27/05/2005).

no se pueda acreditar la muerte cerebral se validará el fin de la vida con la paralización cardiovascular.

La muerte debe probarse. La prueba material es el cadáver, la prueba instrumental la correspondiente acta de defunción inscrita en el Registro Civil⁽¹⁸⁾.

10. CLASES

Existen diversos tipos de muerte, entre estos tenemos:

10.1. Desde el punto de vista de la medicina

10.1.1. Muerte biológica

Llamada natural o súbita.

Cese total de la función respiratoria y cardíaca.

Cuando se fallece sin intervención de alguna fuerza extraña o violenta.

La persona al fallecer no muere totalmente, algunos órganos (corneas, riñones inclusive el corazón sobreviven). Por ello se permiten los trasplantes de órganos.

10.1.2. Muerte clínica

Llamada cerebral.

Coincide con la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral. Lo fundamental en este tipo de muerte es el diagnóstico, el mismo que debe basarse en métodos seguros que eviten toda duda y permitan alcanzar el máximo nivel de certeza⁽¹⁹⁾.

Gherzi⁽²⁰⁾ nos dice que la muerte clínica es un proceso mientras que la muerte biológica es un instante.

(18) GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 202.

(19) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob. cit., p. 306.

(20) GHERSI, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 208.

10.2. Desde el punto de vista del Derecho

10.2.1. Muerte legal

Denominada como muerte presunta.

Aquella referida a la ausencia de cadáver o existiendo es irreconocible. Ante la imposibilidad de constatación médica de la muerte, es la sentencia el documento que la determina.

10.2.2. Muerte civil

Llamada *mors civilis*.

En Roma es considerada como una forma de *capitis deminutio máxima*.

Una forma de deceso del estado y relaciones civiles. El ciudadano deja de ser tal, sin derechos ni consideraciones de algún tipo. Se le consideró como la extinción de la personalidad del ser humano antes de la muerte real: “muerto civilmente era quien, a pesar de estar vivo, se le consideraba muerto para la vida jurídica”⁽²¹⁾.

Borda indica que en el Derecho germánico, el juez pronunciaba estas palabras al condenar a una persona a la muerte civil:

“Tu quedarás fuera del Derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no la tendrás”⁽²²⁾.

Es una vieja institución mediante la que, a título de pena, se le restringía el ejercicio de los derechos civiles a la persona. Esta dejaba de tener vida jurídica. Vivía sin existencia legal. Se daba a los condenados a depotación o cadena perpetua, esclavos y religiosos profesos⁽²³⁾.

(21) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. Tomo I, 15ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 324.

(22) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 21ª edición, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 144.

(23) GHERSI, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 201.

En el Derecho antiguo, se le consideraba como la extinción de toda capacidad jurídica de un reo aun cuando se conservase en vida. Funcionaba como una sanción que contemplada en las antiguas legislaciones. Se imponía a los autores de determinados delitos, teniendo como efectos:

- Disolución del vínculo matrimonial.
- Pérdida de sus derechos civiles y políticos.
- Apertura de la sucesión de los bienes del condenado.

La muerte civil subsistió en muchos países hasta mediados del siglo XIX y parte del XX. Con el tiempo diferentes países como Bélgica (1831), Francia (1854), Quebec (1906) y Chile (1943) la eliminaron.

La muerte civil hoy en día

La institución de la indignidad y desheredación, conforme indica Monteiro⁽²⁴⁾, en cuanto implica una forma de quitar la calidad de heredero a quien la goza, no repercute a sus descendientes, quienes en representación pasarán a ocupar el lugar del indigno o desheredado, tal como lo indican los siguientes artículos:

Artículo 670.- “La indignidad es personal. Los derechos sucesorios que pierde el heredero indigno pasan a sus descendientes, quienes los heredan por representación. El indigno no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes menores de edad”.

Artículo 755.- “Los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a este si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes por esta causa adquieran sus descendientes que sean menores de edad o incapaces”.

Asimismo, a la fecha el Corán cuando indica que el cambio de religión (apostasía) implica la apertura de la sucesión, lo que una forma derivada de generar derechos post mórtem a pesar de que la persona viva.

(24) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 67.

10.3. Desde el punto de vista de su establecimiento

Para Tobías⁽²⁵⁾ la muerte no constituye un fenómeno instantáneo sino gradual:

- **Muerte relativa**, las tres funciones vitales (cardiocirculatoria, respiratoria y nerviosa) están detenidas pero pueden perfectamente reactivarse, de forma natural o instrumental.
- **Muerte intermedia**, las funciones cesan irreversiblemente, no cabe su restablecimiento; no obstante, algunas células del cuerpo siguen funcionando.
- **Muerte absoluta o biológica**, cesación de cualquier clase de vida celular, ausencia definitiva de actividad biológica.

11. MUERTE APARENTE

Existen diversos casos de muertes supuestas.

La persona entra en un estado de falsa muerte, aunque su cuerpo no da señales de vida, esta sigue existiendo.

11.1. Catalepsia

La etimología de catalepsia es *katálipsis*, suspender.

Es un síntoma de algunas enfermedades que hace parecer muerto a quien lo sufre. Una situación en la que desaparecen las funciones vitales (circulatoria, respiratoria, nerviosa) por alteraciones del sistema cardiovascular, nervioso, asfixia, estados infecciosos, tóxicos o inducidos por medicamentos. En actuaciones médicas precipitadas puede llevar al grave error de certificar tal estado clínico de defunción.

Es un estado de inconciencia plena, el cual puede a su vez variar en intensidad: en ciertos casos el individuo se encuentra en un vago estado de consciencia, mientras que en otros pueden ver y oír a la perfección todo lo que sucede a su alrededor.

(25) TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 809.

La catalepsia es un estado nervioso patológico en el que se suspenden las sensaciones y se inmoviliza el cuerpo en cualquier postura produciéndose en muchos casos **entierros prematuros**.

11.2. Catatonía

Conocida como locura de tensión.

Es un síndrome de trastornos psicológicos y motorológicos.

Se asocia con enfermedades psiquiátricas como la esquizofrenia (tipo catatónico), el trastorno bipolar, postraumático trastorno por estrés, depresión y otros trastornos mentales, así como el abuso de drogas o sobredosis (o ambos).

La catatonía presenta subtipos, entre ellos:

- Estupor que es un estado de inmovilidad, el sujeto no es consciente o no reacciona a los estímulos externos.

11.3. Congelación

Es el estado de letargo biológico con fines médicos.

Una forma de hacer hibernar a la persona con la finalidad de un tratamiento curativo.

11.4. Estado de coma

Es una situación que se caracteriza por la inconsciencia total resistente a los estímulos externos.

La persona está sumida en un estupor profundo y no responde, ni siquiera, al dolor.

12. EFECTOS

Mors omnia solvit, la muerte disuelve todo.

La muerte borra del mapa jurídico a un ser que es sujeto de derechos y obligaciones *modi pleni*⁽²⁶⁾.

(26) ATO DEL AVELLANAL, Roberto. "Proyecciones jurídicas de la muerte: En diversas ramas del Derecho". En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. N° 18, La Plata, p. 5.

Es el más conmovedor fenómeno *vitae hominis*, remece con violencia hasta al último inciso del ordenamiento legal, produciendo una verdadera conmoción en el mundo jurídico. Ni siquiera la concepción o el nacimiento provoca tantas repercusiones jurídicas como el deceso; además, como dice Lete del Río⁽²⁷⁾, la muerte es condición para la eficacia de algunos negocios jurídicos (testamento, seguro de vida, etc.).

Los efectos de la muerte son variados y trascendentales.

12.1. Persona

El sujeto de derecho deja de ser tal, pasa a ser objeto de derecho.

12.2. Sucesión

Se abre la sucesión.

Desde el momento de la muerte, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia de una persona se transmiten a sus sucesores (art. 660).

12.3. Relaciones de familia

La muerte extingue las relaciones de familia.

- Surge la tutela.
- Disuelve el matrimonio.
- Acaba la unión de hecho.
- Extingue la patria potestad.
- Cesa la curatela del concebido.
- Fenece el régimen patrimonial.
- Termina a separación de cuerpos.
- Acaba la tutela por muerte del menor y cesa por muerte del tutor.
- Por fallecimiento del alimentista se extingue la obligación alimentaria.
- Cesa la curatela por muerte del curado y termina el cargo por muerte del curador.

(27) LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 46.

- Se permite el matrimonio *in mortis causa in extremis vitae momentis* o *in articulo mortis*.

12.4. Plazo de viudez

Se activa el plazo de viudez o de viudedad para la mujer.

El inciso 3) del artículo 243 se refiere a la limitación matrimonio de la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable también a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado. Según Díez-Picazo⁽²⁸⁾ trata de evitar la confusión de la paternidad durante dicho plazo.

Es posible que se dispense el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por la autoridad competente, de tal manera que con ello se le permitiría contraer nuevas nupcias sin que existan problemas de filiación.

Si la viuda contraviene la prohibición es sancionada con la pérdida de los bienes que hubiera recibido de su marido a título gratuito, similar situación ocurre con la mujer divorciada o la que se le anuló el matrimonio.

12.5. Actos de última voluntad

Deben cumplirse los actos de última voluntad.

- Disponer de sus restos.
- Disponer de sus bienes.

12.6. Estado civil

Varía el estado civil de las personas que rodean al difunto:

- Viudo.
- Huérfano.

(28) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "El matrimonio como acto". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 155.

12.7. Publicación póstuma

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte (art.16 *in fine*).

12.8. Derechos que trasuntan y otros que surgen

La regla es que los derechos de la persona se extingan con la muerte, la excepción que continúen.

Algunos derechos permanecen, se extrapolan a la muerte, de forma que la vida no es determinante para la atribución de derechos. En muchos casos la muerte no los extingue, desafiando el axioma *mors omnia solvit*⁽²⁹⁾.

Tal es el caso de:

- Derecho a la voz.
- Derecho al honor.
- Derecho a la imagen.
- Derecho a la intimidad.

Estos trascienden a los familiares quienes lo protegen a través de la memoria.

Es más muchos derechos surgen con la muerte como:

- Derecho a ser sepultado.
- Actos de disposición post mórtem.
- Derecho a que se respete la última voluntad.
- Derecho a la no publicación de las memorias.

Bittar⁽³⁰⁾ refiere que la cesación de la vida no constituye óbice para la incidencia de otros derechos de la persona que producen efectos post mórtem (referidos). Sin sujetos pero con derechos vigentes se habla de la teoría de los derechos sin sujetos.

(29) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Rio de Janeiro, 2003, p. 70.

(30) *Ibidem*, p. 74.

12.9. Objeto de derecho - Cadáver

El ser humano deja de sujeto de derecho y se transforma en un objeto de derecho especial.

De persona pasa a ser cadáver, cuerpo de persona muerta

El término cadáver proviene del acrónimo de *caro data verminibus* –carne dada a los gusanos– que los romanos solían colocar en las sepulturas. Este tiene como destino biológico y natural su descomposición y su regreso a la tierra (Génesis, 3:19) y, como destino social su sepultura, lugar donde encontrará la paz, recibiendo el culto de la familia. Sin embargo, puede tener un destino especial que es su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, siendo sus fines solidarios y altruistas, en la medida que esté acorde con la ley.

El cuerpo muerto, los restos mortales, no pierden la calidad humana por lo que merecen respeto y consideración exclusiva, ello en reconocimiento de la protección **ultraexistencial** del sujeto de derecho⁽³¹⁾.

El cadáver es un objeto de derecho especial (resto cuasi sacro de la personalidad⁽³²⁾) digno de la más amplia protección, respeto y piedad; asimismo, está fuera del comercio de los hombres. Este es el sustento del principio *corpore humane est res extra commercii Mancipi*, su base legal la tenemos en la LGS, artículo 45 *in fine*: “Los establecimientos de salud solo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito” y artículo 116 “Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos”. La Ley de trasplante de órganos (art. 7) y su Reglamento (art. 17) consideran que todo acto de disposición de órganos y/o tejidos es gratuito. El CP, es más, ha tipificado el **delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos** (art. 318-A). El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú establece “Comete falta grave contra la ética profesional, el médico que, con propósito de lucro o sin él, propicia o ejecuta tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderle” (art. 23). La comerciabilidad ofende la dignidad y el cadáver, como resto humano,

(31) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.

(32) GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas, Madrid, 1987.

aún goza de esta. Si la persona no puede ser objeto de derechos patrimoniales, el cadáver tampoco puede serlo, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el cuño y residuo de la persona viva⁽³³⁾.

Tobías⁽³⁴⁾ trata el tema de los muertos como sujetos de derecho y nos dice que las normas que protegen a los cadáveres o los sepulcros, aquellas que permiten la rehabilitación del condenado a muerte mediante la revisión de la sentencia, la trasmisión a los herederos de la legitimidad de acción o de continuación de los procesos, la defensa de ciertos derechos (intimidad, voz, imagen, honor, nombre, autor) han dado sustento para que en otros países se hable de la existencia de una **semipersonalidad del difunto o de un resto de derechos extrapatrimoniales que en homenajean a una existencia anterior.**

Estos casos deben mirarse objetivamente. **Se es o no es persona.** No puede admitirse gradualidades, tipos, clases de personas dependiendo de la vitalidad o mortalidad.

12.10. Obligaciones *intuitu personae*

Se extinguen las obligaciones *intuitu personae*, personalísimas.

Las obligaciones no personales, generales en sí, son asumidas por sus herederos.

12.11. Derecho a la muerte

Es el *right to die*. El derecho a morir con dignidad.

La vida es un hecho que termina transformándose en un derecho. La muerte no solo queda en un hecho.

Tengo un derecho a vivir pero no se reconoce el derecho a morir, ni un derecho a disponer de la propia vida, ni siquiera un derecho a la propia vida, a contrario sensu mí deber es vivir y no tender a la muerte. Hay un derecho a la vida pero no un derecho a la muerte. Derecho a la vida, a mantenerla y prolongarla tanto así como un derecho a la eternidad o un derecho a la inmortalidad. Sin embargo, la teoría mortícola reconoce un derecho a la muerte, sobre todo un derecho a la muerte digna, un

(33) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana Jurídica, São Paulo - Campina, 2004, p. 98.

(34) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas*. Ob. cit., pp. 812 y 813.

derecho a una buena muerte, un derecho a la muerte en su tiempo⁽³⁵⁾, tomando como sustento:

- Derecho a su libertad.
- Derecho a saber la verdad.
- Derecho a decidir su destino.
- Derecho a no sufrir inútilmente.
- Derecho del paciente a un diálogo sincero.
- Derecho a rechazar tratamiento desproporcionados.

La muerte como proceso natural, es un hecho que debe ser respetado, no prolongándose innecesaria ni arbitrariamente, siendo este el criterio que asume el inciso e del artículo 15 de la Ley N° 29414, que modifica la Ley General de Salud, al señalar que toda persona tiene derecho “e) A que se respete el proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminar de la enfermedad. El Código Penal señala las acciones punibles que vulneran este derecho”.

De este **seudo** derecho o derecho antagónico se ha derivado el derecho a suicidarse y, sobretodo, el suicidio altruista, dar la vida por otros (la madre que quiere ceder su corazón en favor de un hijo, situación en la que se busca ejercer dos derechos: libertad y vida).

Debe tenerse en claro que si tengo un derecho a la vida tengo el deber de protegerla, no puedo tener un derecho a la vida y a la vez, de la mano, un derecho a la muerte que de lleno la viole, sería un contrasentido, se trataría de dos derechos diametralmente opuestos⁽³⁶⁾; todo derecho tiene un deber, en este caso tengo el deber de preservar mi vida. La vida tiene un carácter absoluto e inalienable, es un bien sagrado y que el hombre en ningún caso puede disponer de ella⁽³⁷⁾, como está revistada de sacralidad (religión) y de un carácter valioso (ético/moral).

(35) ROJAS BELLIDO, Gabriela. “¿Qué derechos me asisten como paciente? Apuntes en torno a los pacientes y sus derechos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 149, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2013, p. 167.

(36) ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 559.

(37) JUANATEY DORADO, Carmen. “Derecho a la vida (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada 2011, p. 588.

En este punto, se discute la validez de la objeción de conciencia para no recibir ciertos tratamientos médicos, decisión que puede derivar en la muerte (testigos de Jehová), existiendo una corriente seguida por un Tribunal español que valora más la vida que la libertad y considera que “el consentimiento cuando afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz”⁽³⁸⁾.

13. BASE LEGAL

13.1. Código Civil

13.1.1. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte crean derechos

- Disposición personal del cuerpo post mórten (art. 8).
- Disposición del cadáver y derecho de occisión social (art. 10).
- Utilización de la post mórten del derecho a la imagen y voz (art. 15).
- Confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones (art. 16).
- Termina la ausencia (art. 59).
- Pone fin a la persona (art. 61).
- Queda sin efecto la calidad de beneficiario del patrimonio familiar (art. 498).
- Se transmiten bienes, derechos y obligaciones que forman la herencia (art. 660).
- Apertura del estamento (art. 709).
- Extingue el usufructo (art. 1022).
- Concluye arrendamiento con la muerte del arrendador si dentro de los noventa días de la **muerte** del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuaran el contrato (art. 1705, 5).
- Extingue el mandato (art. 1801).

(38) *Ibidem*, p. 589.

- Muerto el depositante, el bien debe ser restituido a su heredero, legatario o albacea (art. 1844).
- Si el depositario muere, los depositantes designaran a su reemplazante (art. 1862).
- Cuando el acreedor de una renta constituida en cabeza de un tercero muere antes que este, la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero (art. 1928).
- Cuando el deudor de la renta muere antes que el tercero en cuya cabeza se ha establecido su duración, la obligación se transmite a los herederos de aquel (art. 1929).
- El obligado a pagar la renta vitalicia que causa intencionalmente la muerte de la persona por cuya vida la constituyo, restituirá los bienes recibidos como contraprestación con sus frutos, sin que pueda exigir la devolución de la renta que antes hubiese satisfecho (art. 1938).
- Si se constituye la renta en cabeza de quien paga y este pierde la vida por **suicidio**, el acreedor tiene derecho a que se devuelvan los bienes con sus frutos, deducidas las cantidades que hubiese recibido por renta (art. 1939).

13.1.2. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte extinguen derechos

- Revocación del acto de disposición corporal (art. 9).
- La muerte conjunta determina la conmorencia (art. 62).
- Termina sociedad de gananciales (art. 319-5).
- Termina unión estable (art. 326).
- No se puede impugnar la paternidad del hijo muerto (art. 366-3).
- La acción de declaración de filiación pasa a herederos (art. 374).
- Procedencia para el reconocimiento por parte del abuelo en caso muera el padre (art. 389).
- Se puede reconocer al hijo fallecido (art. 394).
- La impugnación del reconocimiento pasa a los herederos (art. 399).
- Se extingue el usufructo por muerte del usufructuario (art. 1021).
- Invalidación de la donación por supervivencia de hijos (art. 1634).

13.1.3. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte crean obligaciones

- Derecho de occisión familiar (art. 13).
- Disposición del derecho a la intimidad por familiares (art. 14).
- Presentación del testamento ológrafo (art. 708).
- Imprudencia de la sucesión del cónyuge (art. 826).

13.1.4. Artículos que por el hecho jurídico de la muerte extinguen obligaciones

- El testamento ológrafo debe ser formalizado dentro del plazo máximo de un año contado desde **la muerte** del testador (art. 707).
- Caducidad del testamento militar. Si el testamento otorgado en las circunstancias a que se refiere el artículo 712 tuviera los requisitos del testamento ológrafo, caduca al año de la **muerte del testador**.
- Caduca el legado si el legatario **muere** antes que el testador (art. 772 - 1).
- Cesa el cargo de albacea (art. 796-6).
- El contrato de prestación de servicios se extingue por muerte del prestador, salvo que la consideración de su persona no hubiese sido el motivo determinante del contrato (art. 1763).
- Reviviscencia del testamento. Cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa **la muerte** del heredero instituido en uno anterior, valdrá este y se tendrá por no otorgado aquel, si resulta falsa la noticia de la **muerte** (art. 810).

13.2. Código Penal

La muerte en el Código Penal es tratada desde dos aspectos.

En la parte general, la muerte es considerada como una forma de extinción de la acción penal y como una forma de extinción de la pena.

En la parte especial, la muerte es vista como un hecho punible, además como novedad el Código Penal también tienen presente como delito el tráfico de las osamentas o de los cadáveres, así como el tráfico de órganos, artículos incorporados por la Ley de Trasplante de Órganos.

- Ofensas a la memoria de los muertos (art. 318).

- Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A).
Esto es lo que se denomina la tutela penal del cadáver.

13.3. Ley General de Salud

La muerte pone fin a la persona.

Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo.

13.4. Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos

El objeto de esta la Ley N° 28189 es regular las actividades y procedimientos relacionados con la obtención y utilización de órganos y/o tejidos humanos, para fines de donación y/o trasplante, asimismo elimina toda posibilidad de auto trasplantes y el trasplante de órganos y tejidos de origen animal.

Sin embargo, a diferencia del Código Civil, la Ley de Trasplante de Órganos, si nos presenta una definición de lo que es la Muerte, así tenemos por ejemplo que en el artículo 3 de la citada Ley, nos establece que el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en “el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica”.

Si bien es cierto la presente Ley, señala que el trasplante de órganos y/o tejidos puede realizarse entre vivos para el caso que nos ocupa nos referimos que a partir de la muerte, que surge la facultad o atribución para la extracción de órganos y/o tejidos, la cual se realiza con la finalidad de favorecer o mejorar sustancialmente la salud, la expectativa de vida o las condiciones de vida de otra persona.

13.5. Reglamento de la Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos

Es el D.S. N° 014-2005-SA, nos define la muerte encefálica como el cese irreversible de las funciones del tronco encefálico.

Además, el artículo 5 establece que resulta necesaria la certificación de muerte encefálica, cuando estemos frente a trasplantes de riñón, corazón, hígado, páncreas, intestino y pulmones. En caso de tejidos como

piel, córnea, huesos, tendones y articulaciones será suficiente la certificación usual de muerte, por parte del médico.

13.6. Ley de cementerios y servicios funerarios

Esta Ley N° 26298 regula las normas administrativas relativas al destino final donde se depositaran los restos óseos del cadáver, así como las normas referidas a los servicios funerarios.

La indicada Ley, también hace referencia al destino de los cadáveres o restos humanos no identificados o que no hayan sido reclamados dentro de cierto plazo, los que podrán ser dedicados a fines de investigación científica.

Además señala el caso de la exhumación de un cadáver o resto humano para la cremación, traslado a otro recinto o establecimiento funerario, dentro del territorio nacional o internacional se efectuara previa autorización de la autoridad de salud, por petición de los deudos o por orden judicial.

13.7. Reglamento de la Ley de cementerios y servicios funerarios

Es el D.S. N° 03-94-SA, norma la construcción, habilitación, conservación y administración de cementerios y locales funerarios, así como la prestación de servicios funerarios que se produzcan con el cadáver, señalando los tipos de cementerios, las sepulturas, los servicios funerarios, las agencias funerarias, los velatorios, etc.

Esta norma se pronuncia respecto a la inhumación del cadáver y establece que todo cadáver debe ser inhumado dentro de las 48 horas de fallecida la persona y no antes de las 24 horas, salvo por mandato de la autoridad de salud o mandato judicial.

Los cadáveres pueden enterrarse luego de las 48 horas cuando se trate de cadáveres:

- No reclamados y sean destinados a fines de investigación científica.
- Previa autorización de la Autoridad de Salud, hayan sido embalsamados; y,
- Aquellos donados, por voluntad expresa del fallecido o familiares, a la investigación científica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “El matrimonio como acto”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
- ATO DEL AVELLANAL, Roberto. *Proyecciones jurídicas de la muerte: En diversas ramas del Derecho*. Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 18, La Plata.
- BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. *Trasplantes de órganos entre personas con órganos de cadáveres*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forenses Universitaria, Río de Janeiro, 2003.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 21ª edición, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, Vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Campina, Romana Jurídica, São Paulo 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Ed. Huallaga, Lima, 1996.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.

- GÓMEZ SANCHO, Marcos. *Medicina paliativa: La respuesta a una necesidad*. Ed. Aran, Madrid, 1998.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas, Madrid.
- JUANATEY DORADO, Carmen. “Derecho a la vida (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
- LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
- LIMONGI, Franca. “El concepto de muerte ante el derecho al trasplante y el derecho hereditario”. En: *Código Civil peruano: Balance y perspectiva*. Tomo I, Congreso Internacional. Universidad de Lima, Lima, 1995.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Diccionario Jurídico General*. Tomo II, Iure Editores, México, 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1: Parte General, 39ª edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.
- MORALES GODO, Juan. *Instituciones del Derecho Civil*. Palestra editores, Lima, 2005.
- RICO LARA, Manuel. “Trasplantes de órganos en cuerpo humano”. En: *Revista de Derecho Judicial*. Nº 41, Madrid.
- ROJAS BELLIDO, Gabriela. “¿Qué derechos me asisten como paciente? Apuntes en torno a los pacientes y sus derechos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 149, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2013.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TOBÍAS, José W. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Editorial San Marcos. Lima, 2005.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.

CAPÍTULO SEGUNDO
PLURALIDAD DE MUERTES

SUBCAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedente y actualidad. 3. Naturaleza jurídica. 4. Casuística. 5. Presupuestos. 5.1. Subjetivo. 5.2. Objetivo. 5.3. Causal. 6. La moderna teoría. El retorno a la premorencia.

1. INTRODUCCIÓN

La muerte es una realidad que se impone como un acontecimiento *certus an incertus quando*. Se trata de un hecho inexorable e indeterminable que va acaecer sin saber el día o momento del suceso. Dado que trasciende, su fijación y momento de ocurrencia importa para el Derecho.

La determinación del orden de los fallecimientos es trascendental a fin de establecer la muerte anterior y la ulterior y, de acuerdo a ello, el destino de la transferencia de la masa hereditaria, integrada de derechos, obligaciones y bienes. Una cosa es probar la muerte (sus causas) y otra muy distinta señalar el momento de la defunción (día y hora). Para efectos sucesorios y trasmisibilidad de relaciones jurídicas el instante es crucial, este hecho debe conocerse *ad momentum* y no *ad diez*; vale decir, con relación al instante mismo y no al día del deceso.

La muerte debe ser cierta y determinada, más aún cuando se produce de forma conjunta en varias personas que están vinculadas jurídicamente, cuando la muerte de una repercute y trasciende en la otra. En estos casos el Derecho, a través de presunciones, ha buscado ofrecer una solución. Es así que, como refiere Puig Ferriol⁽¹⁾, “Cuando para la adquisición de determinado derecho la ley o en su caso la voluntad privada exigen el requisito de la supervivencia del favorecido, se presenta a veces como cuestión fundamental la de determinar si este favorecido murió antes que el transmitente de aquel derecho –caso de premoriencia– o si ambos murieron simultáneamente –en cuyo caso se habla de conmoriencia–”.

(1) PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I, segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979, p. 49.

Estos institutos, la premoriencia y la conmoriencia, tienen por finalidad definir la situación de los derechos económicos en el caso que dos o más personas fallezcan y no pueda determinarse el momento del deceso de cada uno de ellas.

2. ANTECEDENTE Y ACTUALIDAD

La determinación de la muerte fue un problema en la antigüedad, más aún cuando se trataba de muertes conjuntas fue difícil indicar qué persona precedía en muerte a otra.

Fueron los romanos los que crearon la presunción de simultaneidad de muertes, en parte conmoriencia y en otras premoriencia.

Frente a estos hechos es que, por medio de figuras legales se buscó direccionar dilemas siendo el criterio presuncional el que permitió ofrecer mecanismos de solución, más que de esclarecimiento, a estos casos. Frente a la duda del momento de la muerte de dos o más personas se asumieron premisas, según los casos, llegándose a atribuir que la muerte de uno precedía la otros (premoriencia) o, la muerte se produce en forma conjunta de todos (conmoriencia).

3. NATURALEZA JURÍDICA

El instituto de la pluralidad de muertes es tratado de forma especial por el Derecho.

Ante la falta de certeza e imposibilidad de establecer la ocurrencia de la muerte de dos o más sujetos se recurre a mecanismos, suponiendo que primero muere el más débil (premoriencia) o que la muerte fue simultánea (conmoriencia).

Sobre este punto existen varios criterios:

- **Institución**

Se trata de una institución jurídica que, a través de presunciones, ofrece una solución a la pluralidad de muertes cuando existe la incertidumbre del momento en que se produjeron.

- **Presunción *iuris tantum***

Se trata de una presunción *iuris tantum*, *i.e.* un supuesto que admite prueba en contrario, que es perfectamente destructible.

Considera Tobías que “quien pretenda la producción de un efecto jurídico que dependa de la sobrevivencia de una persona respecto de otra, tendrá que probar esa circunstancia, pues de lo contrario se considera que las muertes se produjeron simultáneamente”⁽²⁾.

- **Cuestión probatoria**

La prueba de la no concurrencia de muertes corresponde a quien afirma que una o varias de las personas fallecidas han sobrevivido a las otras, debiendo acreditarse el orden de prioridad en la muerte de una persona respecto de otras.

Tobías⁽³⁾, citando a Spota, manifiesta que en realidad no es una presunción sino consecuencia de los principios que rigen la carga de la prueba *–onus probandi–* y el resultado sería el mismo si la norma no existiera.

El orden de la **pre-** y **post-** moriencia son temas que resultan de la carencia de pruebas, de modo que debe ser resuelta a través de una aplicación concreta de las reglas generales sobre la carga de la prueba⁽⁴⁾.

4. CASUÍSTICA

Las muertes múltiples y su indeterminación pueden darse por múltiples razones:

- Guerras
- Accidentes
 - Aéreos
 - Terrestres
 - Marítimos
- Desastres naturales
 - Huracanes
 - Tormentas
 - Terremotos

(2) TOBIÁS, José W. *Derecho de las personas*. Ob. cit., p. 830.

(3) *Ibidem*, p. 831.

(4) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. “Comentarios al artículo 33”. En: *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, volumen 1, coordinados por Joaquín Rams Albesa, Bosch, Barcelona, 2000, p. 347.

- Crímenes
 - Asesinatos
 - Envenenamientos
 - Suicidios recíprocos
 - Homicidios múltiples

5. PRESUPUESTOS

La pluralidad de muerte y su determinación se sustenta en los siguientes presupuestos:

5.1. Subjetivo

Duda o incerteza del orden cronológico del fallecimiento (prioridad o prelación mortuoria).

Sobrevivencia o no premoriencia.

5.2. Objetivo

- Pluralidad de sujetos
- Existencia de vínculo jurídico
 - Consanguíneo
 - Contractual

5.3. Causal

- Acontecimiento letal o infausto suceso⁽⁵⁾ que conlleve a la muerte de las personas.

Existen dos corrientes sobre el particular:

- **Eventos distintos.** Las muertes no tienen que acaecer en el mismo evento trágico, ni en el mismo lugar. Pueden ser acontecimientos distintos (ella muere esquiando y él surfeando). No unidad de muertes sino incerteza en los fallecimientos. Ni muertas juntas, ni en el mismo lugar, ni por la misma causa.

(5) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo 1, 21ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 594.

- **Evento unitario.** Las muertes tienen que acaecer en el mismo evento trágico y en el mismo lugar. La conmoriencia supone mismidad de ocasión, no unicidad en la causa de la muerte⁽⁶⁾.

6. LA MODERNA TEORÍA. EL RETORNO A LA PREMORENCIA

A la fecha no cabe duda de que la muerte es de más fácil determinación que antes.

La tanatología y la medicina forense permiten establecer claramente no solo las causas de la muerte sino también el momento exacto del acaecimiento.

A ello debemos sumar el hecho que, por lógica común y de acuerdo al orden natural, frente a la ocurrencia de muertes conjuntas la regla es que el deceso de las personas sea de forma consecutiva, no de forma simultánea. Es decir, la regla es la premoriencia y la postmoriencia siendo la conmoriencia la excepción. Es más, esta última es realmente imposible que suceda, salvo que se trate de un evento trágico excepcional (explosión de una bomba atómica o de un reactor nuclear evento en el que, sin duda, todos los habitantes de alrededor de los 1 km² mueran en el mismo instante).

Siempre hay alguien que fallece primero y otro después.

Lo más conveniente es partir de la **ley de la evidencia**:

- Evaluar las circunstancias del deceso
- Analizar las características de los sujetos:
 - Edad.
 - Hábitos.
 - Historial.
 - Constitución física.
 - Tabla de probabilidad de vida.

(6) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 1, Bookseller, Campinas, 1999, p. 294.

SUBCAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DE LA PREMORIENCIA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Características. 7. Prueba. 8. Crítica. 9. Derecho comparado.

1. ANTECEDENTES

El Derecho justinianeo estableció un sistema de presunciones sustentadas, principalmente, en el criterio naturalista siendo la edad y el sexo su fuente; la fortaleza física frente a la debilidad corporal marcan el orden de los fallecimientos. Se acoge la presunción de premoriencia para algunos casos especiales:

“Así, muriendo en el mismo siniestro padre e hijo, se presume que premuere el hijo, si es impúber, y que sobrevive si es púber; o bien, muriendo el hijo y la madre, se presume superviviente el hijo varón púber o la madre si el hijo es impúber”⁽⁷⁾.

Continuaron con este sistema las **Partidas**. Basaron el orden de premoriencia en reglas sobre la materia en las que se tenía en cuenta el sexo, la edad y la fortaleza física (Partidas, Ley 12, Tít. XXXIII, parte 7^a).

2. ETIMOLOGÍA

Según la Real Academia Española, **Premoriencia** es una palabra de origen latín que proviene de la palabra *praemoriens*, -entis, premoriente, muerte anterior a otra.

3. CONCEPTO

Muerte sucesiva. Subsiguiente. Una tras otra.

(7) El jurista Accursio enunció una regla de alcance general: “en el caso de la conmoriencia, el orden de la premoriencia es el de la debilidad corporal”, ello justifica la premoriencia de la mujer “porque es flaca natural” y la del hijo “por la flaqueza que es en él, porque es niño”. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Civitas, Madrid, 1984, p. 141.

Podemos conceptualizar a la premoriencia como el término empleado para indicar la existencia de una muerte previa y otra posterior.

La premoriencia, desde el punto de vista de Guevara Pezo⁽⁸⁾, es la corriente que sostiene que cuando en un mismo hecho fallecen dos o más personas, vinculadas sucesoriamente, sin que se pueda establecer cuál murió antes debe presumirse la muerte previa de uno respecto a otros, sobre la base de la edad o el sexo de los fallecidos.

4. DENOMINACIÓN

También recibe el nombre de supervivencia o resistencia.

5. DEFINICIÓN

Premoriencia significa muerte anterior.

Es una situación jurídica que permite determinar el orden en que se produjo la muerte de dos o más personas, reconociendo que premuere el más débil frente al más fuerte que postmuere.

6. CARACTERÍSTICAS

Entre los principales caracteres tenemos:

- Es una presunción legal
- La premoriencia se **prueba**
- Se asume que una persona muere antes y otra después
- Se basa en aspectos subjetivos como la edad, sexo y fortaleza física (sobrevive el más fuerte)
- Beneficia al **posmuerto** que como heredero adquiere el patrimonio en su favor
- Hay transmisión sucesoria del premoriente a los sobrevivientes
- Puede pactarse la premoriencia⁽⁹⁾.

(8) GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 245.

(9) Cláusula cuarta del testamento de John Lennon: "CUARTO".- En caso de que mi esposa y yo muriéramos bajo tales circunstancias en las cuales no existiera evidencia suficiente para determinar cuál de nosotros ha precedido al otro, declaro en el presente documento que es mi voluntad que sea juzgado que yo la precedí y que este, mi Testamento, y cualquier otra de sus disposiciones deberán entrar en efecto con base en tal entendido".

7. PRUEBA

La premoriencia puede probarse de forma directa o por indicios.

- **Directa:** A través de un examen que acredite el instante del fallecimiento, en esencia con la ayuda de la ciencia médica⁽¹⁰⁾.
- **Indicios:** Situaciones que de forma indirecta me lleven a suponer el orden mortuorio. En un accidente de avión se presume que todos mueren a la vez pero si encontramos el cadáver de Pedro sentado en una piedra, recostada su espalda en un árbol y en su canto un libro, esto es un indicio que Pedro sobrevivió al accidente y murió después de los demás⁽¹¹⁾.

Con la prueba se busca demostrar la sucesividad de las muertes.

8. CRÍTICA

Las principales críticas sostienen que la premoriencia ofrece una solución engorrosa e incompleta, a decir de Vélez⁽¹²⁾, sustentada en criterios arbitrarios, discriminadores y selectivos, básicamente por lo siguiente:

- La mujer como el varón tienen las mismas aptitudes.
- La supervivencia no tiene relación directa con la fortaleza.
- Los defectos físicos, mentales, estado de salud son circunstancias que en casos críticos conllevan a la muerte, más que el sexo y la edad.
- La muerte no solo puede deberse a factores de resistencia física, también a enfermedades, ubicación de las individuos frente al evento o proximidad al hecho fatal.

9. DERECHO COMPARADO

La premoriencia es tratada en:

- Francia (*Code*, arts. 720 al 722)

(10) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000, p. 327.

(11) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 82.

(12) TOBÍAS, José W. Ob. cit., p. 829.

- Derecho inglés (*Law Property Acts, 1925, sección 184, Presumption of survivorship in regard to claims to property*).
- Puerto Rico (Código Civil, art. 26)⁽¹³⁾ cuando nos refiere a la ley de la evidencia. De forma expresa la premoriencia es tratada su Proyecto de Código Civil⁽¹⁴⁾.

(13) PUERTO RICO. Artículo 26.- “Prioridad de muerte, cómo se determina. Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de o de otra, debe probarla; a falta de prueba, y de circunstancias especiales de donde inferirla, se presumirá la supervivencia de acuerdo con las reglas que establece la ley de evidencia”.

(14) PUERTO RICO. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Artículo 166.- “Determinación de premoriencia. Cuando dos personas perecen en el mismo accidente o evento, sea o no de carácter extraordinario o catastrófico, el tribunal determinará cuál pudo morir primero, según su mejor criterio, luego de evaluar las circunstancias del deceso y las características personales de cada una, tales como su edad, historial y estado de salud, hábitos y constitución física, así como las tablas de probabilidad de vida vigentes”.

Artículo 167.- “Determinación de comoriencia. Si a base de la prueba presentada no pudiera concluirse cuál de dos o más personas premurió a otra, ni existieran circunstancias especiales de dónde inferirlo, se presumirá la supervivencia de aquella de ellas con mejor historial de salud y compleción física. Si ambas tuvieran igual constitución y estado de salud, se presumirá que murieron al mismo tiempo y ninguna transmitirá derechos a la otra, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Artículo 168.- “Comoriencia de sucesores recíprocos. Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla. A falta de prueba, y de circunstancias especiales de donde inferirla, se presumirá la supervivencia de acuerdo con las reglas que establece la ley de evidencia”.

SUBCAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DE LA CONMORIENCIA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Etimología. 3. Concepto. 4. Denominación. 5. Definición. 6. Ámbito de aplicación. 6.1. Tesis reductiva al fenómeno sucesorio. 6.2. Tesis amplia o extensiva. 7. Características. 8. Tratamiento normativo. 9. Derecho comparado. 10. Ejemplos.

1. ANTECEDENTES

En el Derecho Romano Clásico primó la conmorien-
tium non videtur alteri supervixisse⁽¹⁵⁾, en la comoriencia no se conside-
ra que el uno sobrevivió al otro.

Pereciendo dos personas en un mismo accidente, y no siendo posi-
ble determinar cuál murió primero, se consideraba que ambas falle-
cieron al mismo tiempo.

Como antecedente tenemos lo prescrito en el Digesto Libro XXXIV,
título V, ley 9: “La comparación del que muere último se toma del hecho
del que muere primero (...), en el caso de que perecieron al mismo tiem-
po, como a ninguno de los sobrevivió al otro, ambos fallecieron, los últi-
mos y los primeros”⁽¹⁶⁾.

En el Derecho Romano Clásico, resume Pérez Gallardo⁽¹⁷⁾, se apli-
caron los principios sobre la prueba, de manera tal que quien fundara un
derecho en la prioridad de la muerte de una persona respecto de la otra
debía probar tal prioridad; por lo tanto, careciendo de tal prioridad se
aplica la conmorienca.

(15) Marciano. Digesto, de rebus dubiis, ley 18, tít. 5, Lib.24. MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil. Concordado y anotado*. 3ª edición, Tomo I, Ed. Gisbert, La Paz, Bolivia, 1991, p. 82.

(16) APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*, Tomo IX, Lima, Taller de Linotipia, 1941, p.332.

(17) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “La conmorienca: venturas y desventuras de una presunción legal”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 90, Lima, agosto de 2008, pp. 276-277.

2. ETIMOLOGÍA

La palabra conmoriencia no existe en el *Diccionario de la lengua española*.

Del italiano, *Commorienza*.

El prefijo de la voz latina *cum*, designa gran cantidad de variedad de relaciones y que se traduce ordinariamente por **con** o **co**; entonces se refiere a unión, asociación o compañía. El sufijo **morencia**, derivado de **mor**, muerte.

De su etimo podemos verificar que se trata de una muerte unida, asociada, conjunta.

3. CONCEPTO

Muerte simultánea, contemporánea, coincidente, coexistente, coetánea, paralela, concurrente, sincrónica. Todas a la vez.

Podemos conceptualizar como el término empleado para indicar la existencia de muertes conjuntas o comuertes.

4. DENOMINACIÓN

También recibe el nombre de Comoriencia o conmoriencia, conmuerencia o commuriencia, teoría de los conmorientes. *Simultaneous death*.

5. DEFINICIÓN

Comoriencia significa muerte conjunta.

Es una situación jurídica que establece el orden en que se produjo la muerte de dos o más personas, reconociendo que ambas mueren en el mismo instante, ocurriendo el suceso de la comuerte.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La conmoriencia se aplica a las relaciones jurídicas a fin de determinar los efectos de las muertes conjuntas. Pérez Gallardo⁽¹⁸⁾ considera dos tesis que parecen centrar la atención de la doctrina:

(18) *Ibidem*, pp. 279 y 282.

6.1. Tesis reductiva al fenómeno sucesorio

La conmoriencia opera solo en el ámbito del Derecho de Sucesiones, aplicándose para resolver, únicamente, problemas de orden sucesoral, nada más; esto se acredita cuando las normas que la tratan utilizan frases como “personas llamadas a sucederse” o “trasmisión de derechos hereditarios”.

Se trata de una visión reduccionista, limitada.

México.- Código Civil del Distrito Federal. Artículo 1287.- “Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado”.

Hay quienes entienden el término “sucesión” o “derechos hereditarios” en sentido amplio o lato, no técnico, de forma que lo aplican a todo tipo de relación jurídica.

6.2. Tesis amplia o extensiva

La conmoriencia opera a todo tipo de relación jurídica.

No solo se aplica en el ámbito del Derecho de sucesiones. Si bien es en él donde más trascendencia tiene, ello no óbice para que genere efectos en todas aquellas relaciones jurídicas que se transmiten en el orden de la supervivencia, v.gr. contratos (donaciones, seguros).

El Derecho comparado ofrece tres tendencias:

- Códigos que describen el supuesto de hecho de la conmoriencia sin mayor detalle (Chile, 79; Colombia, 95; Ecuador, 65; El Salvador, 78; Honduras, 82; Nicaragua, 47; Paraguay, 34).

Costa Rica: Artículo 35.- “Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa no fuese posible saber el orden en que han muerto, se presumirá que esas personas han fallecido en un mismo momento”.

- Códigos que describen el supuesto de hecho de la conmoriencia e indican que no hay trasmisión de derechos (España, 33; Guatemala, 3; Uruguay, 1041).

Argentina. Artículo 109. “Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas”.

Código civiles que refieren que entre los conmuertos se deriva algún efecto jurídico (Italia, 4; Japón, 32,2; Portugal, 68)

Bolivia. Artículo 2.- “(...) II. Cuando en un siniestro o accidente mueren varias personas y no puede comprobarse la premoriencia para determinar un efecto jurídico, se considera que todas murieron al mismo tiempo”.

7. CARACTERÍSTICAS

Entre los principales caracteres tenemos:

- Es una presunción legal.
- La conmoriencia se **presume**.
- La muerte de las personas se da por un hecho simultáneo.
- Se basa en punto objetivo, ante la duda y sin evidencia no hay sobrevivientes.
- Beneficia a los herederos al transmitirse el patrimonio en su favor.
- Entre los conmuertos no hay transmisión de derechos. Surge la representación sucesoria.
- La conmoriencia es la última ratio, es la excepción pues restringe derechos.
- No es imperativa, se trata de una norma dispositiva que la autonomía de la voluntad puede excluir. Puede pactarse en contra de ella, asumir la premoriencia.

8. TRATAMIENTO NORMATIVO

En nuestro ordenamiento nacional siempre se trató de la conmoriencia.

No hay rezagos en nuestros Códigos de la premoriencia.

1984	1936	1852
Artículo 62.- Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios.	Artículo 7.- Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa fallecidas al mismo tiempo y entre ellas no habrá transmisión de derechos hereditarios.	Artículo 632.- Siempre que no fuese posible saber, cuál murió primero de dos o más personas que fallecieron en un naufragio, incendio, terremoto u otro acontecimiento, se les reputará muertas al mismo tiempo.

El artículo 62 se sustenta en los siguientes presupuestos:

- Pluralidad de sujetos.
- Llamados a sucederse.
- Estado de duda acerca de quien murió primero.
- Necesidad de prueba de la premoriencia.
- Se asume que mueren en el mismo instante, conmoriencia.
- Entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios.

9. DERECHO COMPARADO

La conmoriencia es tratada en la generalidad del Derecho comparado.

10. EJEMPLOS

- Rubio Correa⁽¹⁹⁾:

Un varón y una mujer que no están casados (sin derecho a heredarse –unión estable impropia) tienen un hijo. La madre y el hijo mueren en un accidente de avión. Si el hijo muere luego, hereda a la madre y, al morir él, lo hereda el padre. Así el hijo podría ser el vehículo para la transmisión de la riqueza de la madre a su padre. Pero como prima la conmoriencia, ambos mueren al mismo tiempo y entre ellos no hay transmisión de derechos sucesorios, de forma que el hijo no hereda a su madre y, por tanto, el padre no tiene que heredar de dicha parte a su hijo. La herencia de la mujer irá a otros herederos forzosos, salvo disposición testamentaria distinta.

- Angarita Gómez⁽²⁰⁾:

(19) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 121.

(20) ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Ob. cit., p. 82.

Pedro, soltero, sin ascendientes ni descendientes otorga testamento disponiendo que “a su muerte, todo su patrimonio pasará a determinada institución de beneficencia, si su hermano Juan no le sobrevive, pues en este caso, la mitad de su patrimonio será para Juan, y la otra mitad para la citada institución”. A su vez, Juan, con hijos, ordena que la cuarta de libre disposición pase a su hermano Pedro y si este no le sobrevive se destine a una fundación. Supongamos que Pedro y Juan perecen en el mismo accidente de aviación; y que el patrimonio de Pedro es de \$ 100,000.00 y el de Juan también \$ 100,000.00.

Ante la presunción del artículo 95 [conmoriencia], el patrimonio de Pedro pasaría a la institución; el de Juan sería recogido por sus hijos (\$ 75,000.00) y por la fundación (\$ 25,000.00). Pero, al tratarse de una presunción legal, los herederos de Juan estarán interesados en demostrar que Pedro murió primero para poder obtener los \$ 50,000.00, a su vez, la institución querrá demostrar que Juan murió después de Pedro, pues así no solo recogerá los \$ 100,000.00 de Pedro sino también \$ 25,000.00 (cuarta libre disposición) de la sucesión de Juan.

- Puig Ferriol⁽²¹⁾:

Mediante “sentencia del 4 de diciembre de 1948, que enjuicia el caso relativo a unos cónyuges –que se habían instituido recíprocamente herederos– y que como consecuencia de los avatares de la guerra civil fueron fusilados en agosto de 1986 con pocos minutos de diferencia, apareciendo de las actas de inscripción de las defunciones en el Registro civil que la muerte de la mujer fue anterior a la del marido; a pesar de lo cual entiende el Tribunal Supremo que **aunque sea cierto el principio general de que quien haga una afirmación relativa al estado civil de las personas contraria a lo que resulte del Registro Civil debe probarla, no lo es menos que, en el caso a que se refiere el artículo 33 del CC., a saber, la existencia de un estado de duda, sobre cuál de dos o más personas llamadas a suceder haya muerto primero, 250 del CCc. aquel que sostenga la muerte la muerte anterior de una u otra es el que debe de justificarla, pero quien afirme la comoriencia y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa sino que el estado de duda existe, porque supuesta tal situación, sino que el estado de**

(21) PUIG FERRIOL, Luis. Ob. cit., pp. 52 y 53.

duda existe, porque supuesta tal situación, la comorienza es una presunción establecida por la ley y las presunciones establecidas por la ley revelan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo CC”.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Ed. Temis Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.
- APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo IX, Taller de Linotipia, Lima, 1941.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Civitas, Madrid, 1984.
- GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Tomo 1, 21ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. “Comentarios al artículo 33”. En: *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Volumen 1, coordinados por Joaquín Rams Albesa, Bosch, Barcelona, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1ª edición, Tomo 1, Bookseller, Campinas, 1999.
- MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil. Concordado y anotado*. 3ª edición, Tomo I, Gisbert, La Paz, Bolivia, 1991.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “La conmorienca: venturas y desventuras de una presunción legal”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 90, Lima, agosto de 2008.
- PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil: Parte general*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro: *Derecho Civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

ANEXOS

ANEXOS

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON LA PERSONA JURÍDICA

PERSONA JURÍDICA	ENTE NO PERSONIFICADO
Nace de la voluntad y la forma.	Nace de la voluntad.
Sujeto de derecho plural.	Sujeto de derecho dual.
Subjetividad colectiva plena (la responsabilidad recae en la persona jurídica).	Subjetividad jurídica autónoma (cada integrante responde como persona natural).
Finaliza con el registro de extinción o por decisión judicial (quiebra).	Finaliza cuando hay voluntad de dejarlo sin efecto (es necesario un registro de extinción cuando ya se iniciaron los trámites de inscripción o cuando se formaliza).

ÍNDICES COMPARATIVOS ENTRE EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y LOS CÓDIGOS DE 1936 Y 1852

LIBRO I Derechos de las Personas

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 1. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.</p>	<p>Artículo 1. El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo.</p>	<p>Artículo 1. El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer.</p> <p>Artículo 2. El hombre desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes.</p> <p>Artículo 3. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece.</p> <p>Artículo 4. El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana.</p>
<p>Artículo 2. La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.</p>	<p>Artículo 4. La mujer grávida puede solicitar que se reconozca su estado.</p>	<p>Artículo 6. La mujer a quien por ausencia, separación o muerte del marido interese el reconocimiento de su preñez, puede solicitarlo según lo prescrito en el Código de Enjuiciamientos.</p> <p>Artículo 7. Solo en el caso de muerte del marido, sus herederos por testamento o ab intestato, tienen derecho para pedir el reconocimiento de la preñez de la viuda.</p>
<p>Artículo 3. Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.</p>		
<p>Artículo 4. El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles</p>	<p>Artículo 5. Los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas respecto de las mujeres casadas.</p>	<p>Artículo 11. Los varones y las mujeres gozan de los derechos civiles y están sujetos a las obligaciones que establece este Código.</p>

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 5. 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.</p>		
<p>Artículo 6. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.</p> <p>Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.</p>		
<p>Artículo 7. La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.</p>		
<p>Artículo 8. Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.</p> <p>La disposición favorece solo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.</p>		
<p>Artículo 9. Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6. Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.</p> <p>La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.</p>		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 10. El jefe del establecimiento de salud o del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de este para la conservación o prolongación de la vida humana, previo conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de estos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia. Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.</p>		
<p>Artículo 11. 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.</p>		
<p>Artículo 12. No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.</p>		
<p>Artículo 13. A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.</p>		
<p>Artículo 14. La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 15. La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.</p> <p>Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde.</p>		
<p>Artículo 16. La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.</p> <p>Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.</p> <p>La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.</p>		
<p>Artículo 17. La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.</p> <p>La responsabilidad es solidaria.</p>		
<p>Artículo 18. Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de materia.</p>	<p>Artículo 819. Son muebles:</p> <p>5.- Los derechos patrimoniales del autor de obras literarias, científicas o artísticas y los comprendidos en la propiedad industrial.</p>	

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
Artículo 19. Toda persona tiene derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.		
Artículo 20. Apellidos del hijo Al hijo matrimonial le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.		
Artículo 21. Inscripción del nacimiento Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento. Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.	Artículo 386. Las acciones concedidas contra el padre en los artículos 367, 369 y 370 pueden interponerse también contra sus herederos. Estos, sin embargo, no tendrán que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido.	
Artículo 22. El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes.	Artículo 334. La adopción confiere al adoptado el apellido del adoptante, añadido al de su padre.	Artículo 275. La adopción confiere al adoptado el apellido del adoptante, añadido después del de su padre.
Artículo 23. El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil.		Artículo 435. Los jefes de las casas de expósitos llevarán un libro en que se redacten las partidas de los niños que se reciban en el establecimiento; y en ellas se expresará el día y la hora de la exposición, y todas las señales particulares que puedan servir para el futuro reconocimiento del niño.

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 24. 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.</p> <p>Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.</p>	<p>Artículo 171. La mujer lleva el apellido del marido, agregado al suyo, y lo conserva mientras no contraiga nuevo matrimonio.</p> <p>Artículo 254. La mujer divorciada no podrá usar el apellido del marido.</p> <p>Artículo 273. Al declararse la separación, o posteriormente, se puede prohibir a la mujer que lleve el apellido del marido, o autorizarla para no usarlo.</p>	
<p>Artículo 25. La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros del estado civil.</p>		
<p>Artículo 26. Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre. Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda.</p>	<p>Artículo 13. Aquel cuyo apellido es contestado puede pedir el reconocimiento de su derecho.</p>	
<p>Artículo 27. Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley.</p>		
<p>Artículo 28. Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.</p>	<p>Artículo 14. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y para que se le indemnicen los daños y perjuicios que la su plantación le ha causado.</p>	
<p>Artículo 29. Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.</p> <p>El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.</p>	<p>Artículo 15. Nadie puede cambiar de nombre o apellido ni añadir otro a los suyos, sin autorización obtenida por los trámites prescritos en el Código de Procedimientos Civiles para la rectificación de las partidas del estado civil.</p>	
<p>Artículo 30. El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación.</p>	<p>Artículo 17. El cambio o adición del nombre no altera la condición civil del que lo obtiene ni constituye prueba de la filiación.</p>	
<p>Artículo 31. La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente.</p>	<p>Artículo 18. La persona perjudicada por un cambio de nombre puede impugnarlo judicialmente dentro de un año a partir del día en que se publicó la resolución.</p>	

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
Artículo 32. El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a este.		
Artículo 33. El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.	Artículo 19. El domicilio se constituye por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él.	Artículo 45. Constituyese el domicilio, por la habitación en un lugar con ánimo de permanecer en él.
Artículo 34. Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación solo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto.	Artículo 27. Se puede designar domicilio especial para la ejecución de los contratos. Esta designación solo implica el sometimiento a la jurisdicción correspondiente.	
Artículo 35. A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.	Artículo 20. Si una persona vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se considera domiciliada en cualquiera de ellos.	
Artículo 36. El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.	Artículo 24. La mujer casada tiene por domicilio el de su marido.	Artículo 50. La mujer casada tiene domicilio el de su marido, el menor no emancipado o el mayor incapaz, el de sus padres o guardadores, el esclavo, el de su amo el sirviente, el de su patrón.
Artículo 37. Los incapaces tiene por domicilio el de sus representantes legales.	Artículo 23. Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.	Artículo 50. La mujer casada tiene domicilio el de su marido, el menor no emancipado o el mayor incapaz, el de sus padres o guardadores, el esclavo, el de su amo el sirviente, el de su patrón.
Artículo 38. 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.	Artículo 25. Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones. Artículo 26. El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión del Gobierno o para estudios científicos o artísticos será el último que hayan tenido en el territorio nacional.	Artículo 48. El ciudadano que desemeña en un lugar público, por tiempodeterminado, conserva el domicilio que tuvo antes en otro, si no manifiesta intención contraria.

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 39. El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.</p>	<p>Artículo 22. Se cambia de domicilio por declaración expresa ante la municipalidad o por el trascurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar.</p>	<p>Artículo 46. Pruébese esta intención por alguno de los medios siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por declaración expresa del domiciliado ante la autoridad civil; 2. Por el trascurso de dos años de residencia voluntaria; 3. Por cualquier otro hecho que acredite haber fijado su principal establecimiento. <p>Artículo 47. Se pierde el domicilio de un lugar, por el hecho de fijarlo en otro.</p>
<p>Artículo 40. Oposición al cambio de domicilio El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiera lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a este el cambio de su domicilio. La oportunidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.</p>		
<p>Artículo 41. A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.</p>	<p>Artículo 21.- La persona que no tiene residencia habitual se considera domiciliada en el lugar donde se encuentra.</p>	
<p>Artículo 42. Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.</p>	<p>Artículo 8. Son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años.</p>	<p>Artículo 12. Son mayores las personas que han cumplido la edad de veintiún años; y menores, las que no han cumplido. Artículo 13. Por la mayoría se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil.</p>

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 43. Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3.- Derogado. 	<p>Artículo 9. Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de 16 años; 2.- Los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento; 3.- Los sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable; 4.- Los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada. 	<p>Artículo 16. Son incapaces.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los locos 2. Los fatuos 3. Los pródigos declarados, para todos los accionistas que determina la ley. <p>Artículo 26. Los incapaces por locura o fatuidad son reputados menores no pueden ejercer, por así sus derechos civiles, no salen de la patria potestad, y muerto el padre, viven como menores bajo la protección de sus guardadores.</p> <p>Artículo 28. Están bajo la potestad de otros:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las mujeres casadas, que dependen de sus maridos; 2. Los hijos menores, que dependen de sus padres; 3. Los huérfanos, que dependen de sus guardadores; 4. Los esclavos que dependen de sus amos; 5. Los incapaces, conforme a lo dispuesto en el título 4 de la sección precedente.
<p>Artículo 44. Son relativamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los retardados mentales. 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4. Los pródigos. 5. Los que incurrir en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 	<p>Artículo 10. Son relativamente incapaces los mayores de 16 años, y los sujetos a curatela no comprendidos en el artículo anterior.</p>	<p>Artículo 16. Son incapaces Los fatuos</p> <p>Artículo 29. Las demás personas no comprendidas en el artículo anterior, ejercen por sí mismas sus derechos civiles. Salvas las restricciones que resulten de la profesión religiosa o del Código Penal.</p> <p>Artículo 42. Pueden suspenderse o perderse en el ejercicio de los derechos civiles, por condenación a penas que por ley, produzcan tales efectos.</p>
<p>Artículo 45. Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 46. Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este. Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Reconocer a sus hijos. 2. Demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos. 	<p>Artículo 11. La incapacidad de las personas mayores de 18 años cesa por emancipación, por matrimonio y por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio.</p>	<p>Artículo 141. Para que los menores puedan gozar de los efectos civiles, que respecto de ellos, produce el matrimonio, se requiere que el varón haya cumplido diez y ocho años de edad y la mujer diez y seis.</p> <p>Artículo 288. La patria potestad se acaba:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por muerte de los que ejercen; 2. Por exponer el padre al hijo; 3. Por matrimonio del hijo; 4. Por emancipación; 5. Por cumplir el hijo veintiún años de edad. <p>Artículo 298. Por la emancipación queda el menor eximido de la patria potestad o de la autoridad del guardador.</p> <p>Artículo 2284. Tampoco son rescindibles los contratos, que celebren los menores no emancipados o las mujeres casadas, sin autorización bastante, si se refieren a algún ramo de industria o comercio que ejercían públicamente.</p>
<p>Artículo 47. Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso. No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público.</p>	<p>Artículo 590. Cuando una persona se ausentarse o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de estos, observando lo dispuesto en los artículos 559 y 563. A falta de las personas llamadas por los artículos citados, ejercerá la curatela la que designe el juez. Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias se acabe el mandato conferido por el ausente.</p>	<p>Artículo 56. Cuando una persona se halla ausente del lugar de su domicilio o residencia, su apoderado, y no habiéndolo, su cónyuge, y a falta de este, sus hijos, se encargarán de la administración de sus bienes y derechos, si el ausente no dispuso otra cosa.</p> <p>Artículo 57. Si el ausente no hubiese dejado apoderado, cónyuge, ni hijos, pero se hallare dentro de la República, se le harán las citaciones convenientes, siempre que sea necesario.</p> <p>Artículo 58. Si el ausente está fuera de la República, sin que tenga apoderado, ni cónyuge ni hijos ni guardador de su persona cuando él fuere menor, se nombrará por el juez un guardador para sus bienes, probada y declarada previamente conforme al código de enjuiciamiento, la necesidad de proveer a la adquisición. Lo mismo se verificará con el ausente cuyo domicilio se ignore.</p>

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 48. La curatela a que se contrae el artículo 47, se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes.</p>	<p>Artículo 590. Cuando una persona se ausentarse o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de estos, observando lo dispuesto en los artículos 559 y 563. A falta de las personas llamadas por los artículos citados, ejercerá la curatela la que designe el juez. Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias se acabe el mandato conferido por el ausente.</p>	
<p>Artículo 49. Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia. Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.</p>	<p>Artículo 590. Cuando una persona se ausentarse o hubiere desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero y sin dejar mandatario que administre sus bienes, se proveerá a la curatela de estos, observando lo dispuesto en los artículos 559 y 563. A falta de las personas llamadas por los artículos citados, ejercerá la curatela la que designe el juez. Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias se acabe el mandato conferido por el ausente.</p>	<p>Artículo 56. Cuando una persona se halla ausente del lugar de su domicilio o residencia, su apoderado, y no habiéndolo, su cónyuge, y a falta de este, sus hijos, se encargarán de la administración de sus bienes y derechos, si el ausente no dispuso otra cosa.</p> <p>Artículo 57. Si el ausente no hubiese dejado apoderado, cónyuge, ni hijos, pero se hallare dentro de la República, se le harán las citaciones convenientes, siempre que sea necesario.</p> <p>Artículo 58. Si el ausente esta fuera de la República, sin que tenga apoderado, ni cónyuge ni hijos ni guardador de su persona cuando él fuere menor, se nombrará por el juez un guardador para sus bienes, probada y declarada previamente conforme al código de enjuiciamiento, la necesidad de proveer a la adquisición. Lo mismo se verificará con el ausente cuyo domicilio se ignore.</p>
<p>Artículo 50. En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 51. La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado.</p> <p>El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de estos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente.</p>	<p>Artículo 503. El tutor, antes de encargarse de la administración, está obligado a practicar inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de este si tuviere dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia los bienes quedarán en depósito.</p> <p>Artículo 558. Son aplicables a la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en los títulos siguientes.</p>	
<p>Artículo 52. Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56.</p>	<p>Artículo 558. Son aplicables a la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en los títulos siguientes.</p> <p>Artículo 596. Los curadores de bienes no pueden ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos, si justificada sus necesidades o utilidad los autorizare el juez.</p>	
<p>Artículo 53. La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente.</p>	<p>Artículo 1066. Se inscribirán en este registro:</p> <p>2. Los instrumentos en que conste la sustitución, revocación, renuncia o modificación de los mandatos.</p>	
<p>Artículo 54. A solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial.</p>		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 55. Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Percibir los frutos. 2. Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra. 3. Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51. 4. Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios. 5. Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición. 6. Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial. 7. Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley. 	<p>Artículo 596. Los curadores de bienes no pueden ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos, si justificada sus necesidades o utilidad los autorizare el juez.</p> <p>Artículo 597. Corresponde a los curadores de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos de los respectivos curadores.</p>	<p>Artículo 52. Las contribuciones personales se pagaran en el lugar en que el contribuyente tenga su domicilio, las prediales, en el lugar donde estén sus bienes.</p> <p>Artículo 56. Cuando una persona se halla ausente del lugar de su domicilio o residencia, su apoderado, y no habiéndolo, su cónyuge, y a falta de este, sus hijos, se encargarán de la administración de sus bienes y derechos, si el ausente no dispuso otra cosa.</p>
<p>Artículo 56. En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable.</p>	<p>Artículo 596. Los curadores de bienes no pueden ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos, si justificada sus necesidades o utilidad los autorizare el juez.</p>	<p>Artículo 62. Las facultades del guardador son de pura administración: no podrá sin embargo enajenar ni hipotecar los bienes raíces; podrá sin embargo enajenar los bienes muebles con licencia judicial.</p>
<p>Artículo 57. En lo no previsto por los artículos 55 y 56 se aplican las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles sobre administración judicial de bienes comunes.</p>	<p>Artículo 598. Los curadores instituidos conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 592 y al artículo 593, estarán también sujetos a lo que prescriben los artículos 1260 a 1266 del Código de Procedimientos Civiles.</p> <p>Artículo 599. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez que nombrare al curador, podrá señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está dispuesto para los tutores.</p>	

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 58. El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado. Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable.</p>		
<p>Artículo 59. Cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por: Regreso del ausente. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración. Comprobación de la muerte del ausente. Declaración judicial de muerte presunta.</p>	<p>Artículo 611. La curatela de los bienes del ausente cesa cuando se da el goce de los derechos de sucesión a sus herederos, por haber transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de él o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años.</p>	<p>Artículo 67. Si no se tiene, durante diez años, noticia alguna de un ausente, sus herederos testamentarios o legales, podrán pedir la posesión provisional de sus bienes, conforme al Código de Enjuiciamientos. Artículo 71. Si se tuviese prueba de la muerte de un ausente, o hubiese transcurrido, sin haber noticia suya, el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años, podrá su heredero testamentario o legal, pedir la posesión definitiva de la herencia.</p>
<p>Artículo 60. En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia. En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión.</p>		
<p>Artículo 61. La muerte pone fin a la persona.</p>	<p>Artículo 67. El ministerio fiscal vigilará que los bienes de las fundaciones se empleen conforme a su destino.</p>	
<p>Artículo 62. Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay trasmisión de derechos hereditarios.</p>	<p>Artículo 17. El cambio o adición del nombre no altera la condición civil del que lo obtiene ni constituye prueba de la filiación.</p>	<p>Artículo 632. Siempre que no fuere posible saber, cual murió primero de dos o más personas que fallecieron en un naufragio, incendio, terremoto u otro acontecimiento, se les reputara muertas al mismo tiempo.</p>

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 63. 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:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si este tuviere más de ochenta años de edad. - 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. - Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. 	<p>Artículo 611. La curatela de los bienes del ausente cesa cuando se da el goce de los derechos de sucesión a sus herederos, por haber transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de él o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años.</p> <p>Artículo 1069. Se inscribirán en este registro: Las resoluciones en que se declare la presunción de muerte de las personas ausentes.</p> <p>Artículo 612. Si la desaparición del ausente se hubiese producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, el plazo a que se refiere el artículo anterior será de tres años.</p> <p>Artículo 37.- En caso de que sea imposible encontrar o reconocer el cadáver no se sentará partida sin mandato judicial.</p>	<p>Artículo 67. Si no se tiene, durante diez años, noticia alguna de un ausente, sus herederos testamentarios o legales, podrán pedir la posesión provisional de sus bienes, conforme al código de enjuiciamientos.</p> <p>Artículo 71. Si se tuviese prueba de la muerte de un ausente, o hubiese transcurrido, sin haber noticia suya, el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años, podrá su heredero testamentario o legal, pedir la posesión definitiva de la herencia.</p>
<p>Artículo 64. La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones.</p>		
<p>Artículo 65. En la resolución que declara la muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido.</p>		
<p>Artículo 66. El juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia.</p>		
<p>Artículo 67. La existencia de la persona cuya muerte hubiera sido judicialmente declarada, puede ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado, o del Ministerio Público. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 68. El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.</p>	<p>Artículo 82. No pueden contraer matrimonio: Los casados.</p> <p>Artículo 132. Es nulo el matrimonio: De los que no pueden contraerlo conforme a los incisos, 2, 4 y 5 del artículo 82.</p>	<p>Artículo 141. Para que los menores puedan gozar de los efectos civiles, que respecto de ellos, produce el matrimonio, se requiere que el varón haya cumplido diez y ocho años de edad y la mujer diez y seis.</p> <p>Artículo 142. No pueden contraer absolutamente matrimonio:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los que son parientes consanguíneos en línea recta de ascendientes o descendientes sin limitación alguna, ni distinción de legítimos o ilegítimos; 2. Los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes; 3. Los hermanos entre sí, sean o no legítimos; 4. El adoptante con la persona adoptada, y ninguno de ellos con el cónyuge viudo del otro; 5. El casado mientras vive su cónyuge; 6. El que ha recibido órdenes mayores en el estado eclesiástico; 7. Los que han profesado en orden monástica, haciendo votos solemnes de castidad, si no han alcanzado nulidad o la relajación de sus votos; 8. La persona que mató a uno de los cónyuges o fue cómplice en un homicidio, con el cónyuge sobreviviente; 9. El impotente; 10. El loco y demás personas que están en incapacidad mental.
<p>Artículo 69. El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley.</p>	<p>Artículo 850. El propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley.</p>	<p>Artículo 461. Son efectos del dominio:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El derecho que tiene el propietario de usar de la cosa y de hacer suyos los frutos y todo lo accesorio a ella; 2. El de recogerla, si se halla fuera de su poder; 3. El de disponer libremente de ella; 4. El de excluir a otros de la posesión o uso de la cosa.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 76. La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.</p>	<p>Artículo 39. El principio de las personas jurídicas de derecho público interno, los órganos encargados de representarlas y la manera de realizar las funciones que les corresponden, se determinan en las leyes respectivas.</p>	
<p>Artículo 77. La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.</p>	<p>Artículo 42. La existencia de las personas jurídicas de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro. Sin embargo, si antes han practicado actos civiles de los que están permitidos, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha en que esos actos se realizaron.</p>	
<p>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.</p>	<p>Artículo 45. Las personas jurídicas son entidades distintas de sus miembros, y ninguno de estos ni todos ellos están obligados a satisfacer sus deudas.</p>	
<p>Artículo 79. La persona jurídica miembro de otra debe indicar quién la representa ante esta.</p>		
<p>Artículo 80. La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 81. El estatuto debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley.</p> <p>Si la asociación es religiosa, su régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la correspondiente autoridad eclesiástica.</p>	<p>Artículo 42. La existencia de las personas jurídicas de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro. Sin embargo, si antes han practicado actos civiles de los que están permitidos, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha en que esos actos se realizaron.</p> <p>Artículo 44.- Las asociaciones cuyo objeto no es realizar un fin económico gozarán de personalidad jurídica si tienen peculio propio o proveen en sus estatutos la manera de formarlo y si sus estatutos constan de escritura pública inscrita.</p> <p>Artículo 1054. En el libro de asociaciones se expresará: el nombre de la asociación; el objeto y fin que se propone; la fecha en que debe comenzar sus funciones o las ha iniciado; su domicilio; los bienes que posee, con la indicación de los datos que sirvan para individualizarlos; los poderes de los directores, gerentes o representantes de la asociación; y su disolución en los casos indicados en sus estatutos o previstos en este Código.</p> <p>Artículo 1123. El acto jurídico es nulo: Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que esta establezca una sanción diversa.</p>	

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 82. El estatuto de la asociación debe expresar: La denominación, duración y domicilio. Los fines. Los bienes que integran el patrimonio social. La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación. Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros. Los derechos y deberes de los asociados. Los requisitos para su modificación. Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes. Los demás pactos y condiciones que se establezcan.</p>	<p>Artículo 54. Las cotizaciones se fijarán en los estatutos. Artículo 1054. En el libro de asociaciones se expresará: el nombre de la asociación; el objeto y fin que se propone; la fecha en que debe comenzar sus funciones o las ha iniciado; su domicilio; los bienes que posee, con la indicación de los datos que sirvan para individualizarlos; los poderes de los directores, gerentes o representantes de la asociación; y su disolución en los casos indicados en sus estatutos o previstos en este Código.</p>	
<p>Artículo 83. Toda asociación debe tener un libro de registro actualizado en que consten el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos de administración o representación. La asociación debe contar, asimismo, con libros de actas de las sesiones de asamblea general y de consejo directivo en los que constarán los acuerdos adoptados. Los libros a que se refiere el presente artículo se llevan con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo de la asociación y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto.</p>	<p>Artículo 46. Toda asociación llevará una matrícula en la que se haga constar el nombre, apellido, profesión y domicilio de sus miembros, con expresión de los que ejercen cargos de administración o representación. Artículo 47. La matrícula se llevará en un libro sellado con las formalidades que establece este Código, en el Libro Quinto.</p>	
<p>Artículo 84. La asamblea general es el órgano supremo de la asociación.</p>	<p>Artículo 48. La junta general es el órgano supremo de la asociación, y será convocada por la persona que ejerza la dirección de ella, en los casos previstos por los estatutos o cuando lo pida la quinta parte de los asociados.</p>	

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 85. La asamblea general es convocada por el presidente del consejo directivo de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.</p> <p>Si la solicitud de estos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.</p> <p>La solicitud se tramita como proceso sumarísimo.</p> <p>El juez, si ampara la solicitud, ordena se haga la convocatoria de acuerdo al estatuto, señalando el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dé fe de los acuerdos.</p>	<p>Artículo 48. La junta general es el órgano supremo de la asociación, y será convocada por la persona que ejerza la dirección de ella, en los casos previstos por los estatutos o cuando lo pida la quinta parte de los asociados.</p>	
<p>Artículo 86. La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.</p>	<p>Artículo 49. La junta general resuelve sobre la admisión de los asociados, sobre las personas que deben ejercer la autoridad directiva y sobre los demás asuntos que no sean de la competencia de otros órganos.</p>	

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 87. Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.</p> <p>Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.</p> <p>Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.</p> <p>La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y solo con carácter especial para cada asamblea.</p>	<p>Artículo 50. La junta general adoptará sus decisiones por mayoría de votos de los presentes, salvo las reservas de los estatutos.</p> <p>No votará el asociado cuando se trate de asuntos en que tenga interés el mismo, su cónyuge, o sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado o afines dentro del segundo.</p>	
<p>Artículo 88. Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto.</p>		
<p>Artículo 89. La calidad de asociado es inherente a la persona y no transmisible, salvo que lo permita el estatuto.</p>	<p>Artículo 53. La calidad de asociado es inherente a la persona.</p>	
<p>Artículo 90. La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito.</p>	<p>Artículo 52. Todo asociado puede retirarse de la asociación con tal que anuncie su salida seis meses antes de terminar el año civil, o cuando se haya señalado período administrativo, seis meses antes de que termine este.</p>	
<p>Artículo 91. Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones.</p>	<p>Artículo 56. Los miembros salientes y los excluidos pierden todo derecho al haber social, y están obligados a pagar las cotizaciones que no abonaron durante el tiempo en que fueron miembros de la asociación.</p>	

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 92. Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.</p> <p>Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.</p> <p>Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.</p> <p>Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo.</p> <p>La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.</p>	<p>Artículo 58. Todo asociado tiene derecho de impugnar judicialmente las decisiones a que no se haya adherido y que violen las disposiciones legales o estatutarias.</p>	
<p>Artículo 93. Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.</p>		
<p>Artículo 94. La asociación se disuelve de pleno derecho cuando no pueda funcionar según su estatuto.</p>	<p>Artículo 60. La asociación se disuelve de pleno derecho si no puede funcionar conforme a sus estatutos.</p>	
<p>Artículo 95. La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia.</p> <p>En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad de los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.</p>	<p>Artículo 61. La asociación pierde su capacidad jurídica con la declaración de quiebra. En caso de insolvencia deben los órganos directivos provocar aquella, y si hay morosidad responderán a los acreedores del perjuicio que les resulte.</p>	

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 96. El Ministerio Público solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.</p> <p>La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte demandada a la asociación. Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p> <p>En cualquier estado del proceso puede el juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de la mismas.</p>	<p>Artículo 62. El Poder Ejecutivo puede pedir a la Corte Suprema la disolución de las asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. La Corte resolverá dentro del plazo de ocho días, como jurado, la disolución o la subsistencia de la asociación.</p> <p>A solicitud del ministerio fiscal la Corte puede ordenar la suspensión inmediata, mientras se resuelve acerca de la disolución.</p>	
<p>Artículo 97. De no haberse previsto en el estatuto de la asociación normas para el caso en que no pueda seguir funcionando o para su disolución, se procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 599, inciso 2.</p>	<p>Artículo 592. El juez, de oficio o a pedido del ministerio fiscal o de cualquier persona, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumba a nadie, e instituir una curatela, especialmente:</p> <p>Cuando el régimen de una asociación sea deficiente y no se haya provisto de otro modo a su administración.</p>	
<p>Artículo 98. Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.</p>	<p>Artículo 56. Los miembros salientes y los excluidos pierden todo derecho al haber social, y están obligados a pagar las cotizaciones que no abonaron durante el tiempo en que fueron miembros de la asociación.</p> <p>Artículo 63. Disuelta la asociación se entregará su patrimonio a las personas designadas en sus estatutos, una vez cumplidas las obligaciones contraídas respecto de tercero. A falta de designación, el patrimonio se aplicará a la realización de fines análogos en interés del distrito, provincia o departamento, según el carácter e índole de la asociación disuelta. Esta función incumbe a la Corte Suprema.</p>	
<p>Artículo 99. La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.</p>	<p>Artículo 64. Las fundaciones tienen por objeto afectar bienes en favor de un fin especial.</p>	

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 100. La fundación se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas naturales o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento.</p>	<p>Artículo 65. Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento y se inscribirán en el registro.</p>	
<p>Artículo 101. El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción así como el destino final del patrimonio.</p> <p>Pueden nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la representa.</p> <p>El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo. El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.</p>	<p>Artículo 66. En el instrumento de fundación debe indicarse los órganos de esta y la manera de administrarla. A falta de disposiciones suficientes, el Gobierno dictará las reglas necesarias.</p>	
<p>Artículo 102. La facultad de revocar no es transmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.</p>		
<p>Artículo 103. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones.</p> <p>Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.</p>	<p>Artículo 67. El ministerio fiscal vigilará que los bienes de las fundaciones se empleen conforme a su destino.</p>	
<p>Artículo 104. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo. 2. Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, si no se hubiese previsto en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos. 		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de estos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniera a los fines de la fundación. 4. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual estas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico. 5. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso. 6. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de estas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente. 7. Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta. 8. Disponer las auditorías necesarias. 9. Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento. 10. Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación. 11. Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo. 12. Llevar un registro administrativo de fundaciones. 		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 105. Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.</p>		
<p>Artículo 106. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anual de la fundación o si estos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes.</p> <p>A pedido de parte, el juez de primera instancia puede, por causa justificada, suspender a los administradores.</p> <p>Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.</p> <p>Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.</p> <p>La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.</p>		
<p>Artículo 107. El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.</p> <p>La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.</p>		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 108. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al Juez Civil: La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituída por el fundador. La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99. La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación.</p>		
<p>Artículo 109. El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento. La demanda se tramita como proceso abreviado ante el Juez Civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>	<p>Artículo 68. La fundación se disuelve de pleno derecho cuando su fin no sea realizable. A los bienes afectados a la fundación se aplican las reglas del artículo 63. Artículo 69. Cuando el patrimonio de la fundación no sea suficiente asumirá la administración de los bienes la institución oficial de fines análogos.</p>	
<p>Artículo 110. El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.</p>		
<p>Artículo 111. El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista. El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.</p>		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 112. El comité debe tener un registro actualizado que contenga el nombre, domicilio, actividad y fecha de admisión de los miembros, con indicación de los integrantes del consejo directivo o de las personas que ejerzan cualquier otra actividad administrativa.</p> <p>El registro debe constar de un libro llevado con las formalidades de ley, bajo la responsabilidad de quien preside el consejo directivo.</p>		
<p>Artículo 113. El estatuto del comité debe expresar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La denominación, duración y domicilio. 2. La finalidad altruista propuesta 3. El régimen administrativo. 4. La constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, así como de cualquier otro órgano administrativo. 5. La designación del funcionario que ha de tener la representación legal del comité. 6. Los demás pactos y condiciones que se establezcan. 		
<p>Artículo 114. El consejo directivo es el órgano de gestión del comité y es convocado por quien lo presida en los casos previstos en el estatuto o cuando lo solicite cualquiera de los miembros integrantes del consejo o la décima parte de los miembros del comité. Si su solicitud fuese denegada o transcurren siete días de presentada sin efectuarse la convocatoria, se procede de conformidad con lo establecido en el artículo 85.</p>		
<p>Artículo 115. La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo. Puede modificar el estatuto, acordar la disolución del comité y adoptar cualquier otra decisión que no sea de competencia de otros órganos.</p>		
<p>Artículo 116. Para la validez de las reuniones de la asamblea, para el cómputo del quórum y para las votaciones, se aplica lo dispuesto en los artículos 87, párrafo primero, y 88.</p>		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
Artículo 117. Cualquier miembro del comité o del consejo directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Ministerio Público los acuerdos o los actos que violen las disposiciones legales o estatutarias.		
Artículo 118. Los miembros del consejo directivo son responsables solidariamente de la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada.		
Artículo 119. El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta y, llegado el caso, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil o penal a que haya lugar.		
Artículo 120. Es de aplicación al Comité lo dispuesto en el artículo 96.		
Artículo 121. Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité, presentando al Ministerio Público copia de los estados finales de cuentas.		
Artículo 122. El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberle sido presentadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité. Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el consejo entregará el haber neto a la entidad de Beneficencia Pública del lugar, con conocimiento del Ministerio Público.		
Artículo 123. El comité se rige, además, por los artículos 81 a 98, en cuanto le fueren aplicables.		

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 124. El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes. Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.</p>		
<p>Artículo 125. Los aportes y las cuotas de los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación, constituyen su fondo común. Mientras está vigente la asociación no se puede pedir la división y partición de dicho fondo, ni el reembolso de las aportaciones de los asociados.</p>		
<p>Artículo 126. El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.</p>		
<p>Artículo 127. Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.</p>		
<p>Artículo 128. Los administradores de la fundación, en tanto no esté inscrita, son solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído.</p>		
<p>Artículo 129. De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.</p>		

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 130. El comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que sean pertinentes. El comité puede comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.</p>		
<p>Artículo 131. Quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asumen la gestión de los aportes recaudados, son responsables solidariamente de su conservación, de su aplicación a la finalidad anunciada y de las obligaciones contraídas.</p>		
<p>Artículo 132. Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se hubiera podido alcanzar, el Ministerio Público solicita de oficio o a instancia de parte, la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.</p>		
<p>Artículo 133. El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados se conserven debidamente y se apliquen a la finalidad anunciada.</p>		
<p>Artículo 134. Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial.</p>		
<p>Artículo 135. Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.</p>	<p>Artículo 71. Es obligatoria la inscripción de estas comunidades en su registro especial. Son igualmente obligatorias la formación de los catastros de las comunidades, y la rectificación quinquenal de los padrones.</p>	

Anexos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	CÓDIGO CIVIL DE 1936	CÓDIGO CIVIL DE 1852
<p>Artículo 136. Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.</p> <p>Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.</p>	<p>Artículo 70. Las comunidades de indígenas están sometidas a las disposiciones pertinentes de la Constitución y a la legislación que esta ordena dictar.</p> <p>Artículo 73. Las comunidades de indígenas no podrán arrendar ni ceder el uso de sus tierras a los propietarios de los predios colindantes.</p>	
<p>Artículo 137. El Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento.</p>		
<p>Artículo 138. La asamblea general es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio.</p>	<p>Artículo 72. Representan a las comunidades sus mandatarios elegidos por los individuos que forman la comunidad, mayores de edad; debiendo recaer la elección en individuos del grupo que sepan leer y escribir y que hayan obtenido la mayoría absoluta de los sufragios válidos.</p>	
<p>Artículo 139. Las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación.</p> <p>Las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio.</p> <p>En el padrón general y en el catastro constan también los demás datos que señale la legislación especial.</p>	<p>Artículo 71. Es obligatoria la inscripción de estas comunidades en su registro especial. Son igualmente obligatorias la formación de los catastros de las comunidades, y la rectificación quinquenal de los padrones.</p>	

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho civil I - Personas*, 15ª edición, Fondo de ediciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.
2. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. II. 2ª edición. Bosch, Barcelona, 1991.
3. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: Introducción y Parte general*. Vol. I. José María Bosch Editor. Barcelona, 1996.
4. ALBORNOS, Sebastián. *Cristina presentó el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial*, 2012. Disponible en: <<http://legales.iprofesional.com/notas/133589-Cristina-present-el-proyecto-de-reforma-y-unificacin-del-Cdigo-Civil-y-Comercial>>. (Consulta: Viernes, 28 de setiembre de 2012).
5. ALESSANDRI BESA, Arturo. *Nulidad y rescisión en el Código Civil*. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile, 1949.
6. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Parte general*. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1941, tomo I, volumen I.
7. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Imprenta Universal. Santiago de Chile, 1981.
8. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y General. Tomo I, 7ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

9. ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manual. *Curso de Derecho Civil*. Nascimento, Santiago de Chile, 1974.
10. ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
11. ALIAGA HUAPARITA, Luis Alberto. *Las asociaciones. Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
12. ALMAGRO NOSETE, José: “El ‘honor’ de la SGAE y la libertad de expresión”. Diario *La Ley*, N° 7931, Sección Columna, 26 de septiembre de 2012, Editorial La Ley, España.
13. ALMAGRO NOSETE, José: “Los efectos *colaterales* del gol de Ronaldo”. En: Diario *La Ley*, N° 7133, Sección Columna, 12 de marzo de 2009, Año XXX, Ref. D-85, Editorial La Ley, 10928/2009. En: <<http://diariolaley.laley.es>> (fecha de consulta: 19/10/2013).
14. ALTERINI, Atilio; AMEAL, Óscar y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
15. ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Estudios constitucionales*. 2ª edición revisada y con nuevo título, Grijley, Lima, 2004.
16. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Décima edición. Eddili. Lima, 1987.
17. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*, 2ª edición, s/e, Lima, 1964.
18. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. *Lecciones de Derecho civil*. Reimpresión a la 4ª edición, Temis Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1998.
19. ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
20. APARICIO Y GOMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo IX, Taller de Linotipia, Lima, 1941.
21. APARICIO Y GOMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo XI, Taller de Linotipia, Lima, 1942.
22. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. 2ª edición, Tomo I, Lib. Studium, Lima, 1987.

23. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
24. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “El matrimonio como acto”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
25. ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
26. ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. “La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú”. En: *Advocatus*. N° 22, Lima, 2010.
27. ATO DEL AVELLANAL, Roberto. “Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho”. En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Buenos Aires, N° 18, 1967.
28. AUBRY, C. y RAU, C. *Cours de Droit Civil Français*. Tomo I. Imprimeurs Éditeurs. París, 1871.
29. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Gabriel. “Derechos de la personalidad”. En: *La Ley on line*, <www.laleyonline.com.ar> (fecha de consulta: 19/10/2013).
30. AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
31. AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas, Madrid, 1997.
32. BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. RAO, 5ª edición, Lima, 1999.
33. BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo I. Ejea. Buenos Aires, 1967.
34. BARCESAT, Eduardo S. “El sujeto del derecho: ¿el ser humano o el patrimonio?”. En: *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad. Fecha de publicación 02/07/2009.

35. BAVETTA, Giuseppe: (voz) “Immagine (diritto alla)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XX, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
36. BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. “Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984”. En: *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45, diciembre de 1991.
37. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 29 de marzo de 1976, con contestación de Antonio Hernández Gil, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, abril de 1976.
38. BELTRÁN PACHECO, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Material de Estudio del Curso de Responsabilidad Civil de la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
39. BELTRAN PACHECO, Jorge. “Contratos peligrosos para la vida o la integridad física”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
40. BENJAMÍN, Antonio Hernán. “¿Derechos de la naturaleza?”. En: *Obligaciones y contrato en los albores del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Doctor Roberto M. López Cabana*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
41. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Derecho de la persona*. Montecorvo, Madrid, 1976.
42. BERGOGLIO, María Teresa y BERTOLDI, María Virginia. *Trasplante de órganos*. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
43. BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. *Trasplantes de órganos entre personas con órganos de cadáveres*. Hammurabi. Buenos Aires, 1993.
44. BIANCA, M. *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I sogetti*. 2ª edición, Giuffrè, Milano, 2002.
45. BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I, Buenos Aires, 1989.

46. BIGLIAZZI GERI, Lina. *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano, 1967.
47. BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Río de Janeiro, 2003.
48. BOBBIO, Norberto. "Diritto". En: *Dizionario di Política*. Torino, 1976.
49. BOFFI BOGGERO, Luis. *Tratado de las Obligaciones*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968.
50. BONINI, R. "Del Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942". En: *I Cinquant'anni del Codice Civile*. Vol. I. Milán, 1993.
51. BONNECASE, Julien. *Elementos del Derecho Civil*. Tomo I, Puebla, José M. Cajica, 1945.
52. BONNECASSE, Juliane. *Science du droit et Romantisme*. RecueilSirey, París, 1928.
53. BORDA, Alejandro. "La capacidad". En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001.
54. BORDA, Guillermo A. "El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa". En: *La Ley*. 1981-B, 62.
55. BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte general*. 21ª edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
56. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
57. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición, Lima, San Marcos, 1998.
58. BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil: normas, sujetos y relación jurídica*. Tomo I. Vol. 1. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.
59. BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI, BUSNELLI. *Derecho Civil*. Traducido por Hinestroza, Tomo I, vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.

60. BRENES CÓRDOVA, Alberto. *Tratado de las personas*. Vol. I, Ed. Juriscentro, San José de Costa Rica, 1986.
61. BUBER, Martín. *¿Qué es el hombre?* Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1949.
62. BUSNELLI, Francesco. “Tutela civil de la persona humana”. En: *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Ed. Cuzco, Lima, 1990.
63. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la Responsabilidad civil*. Cuarta edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
64. BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la Responsabilidad Civil extracontractual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
65. CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 4ª edición, Heliasta, Buenos Aires, agosto, 1980.
66. CABANELLAS, Guillermo. “Hombre”. En: *Diccionario Jurídico Elemental*. 11 edición. Heliasta. Buenos Aires, 1993.
67. CALVO CASTILLO, Tobías. “Efectos de la declaración de fallecimiento en el derecho de familia”. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978.
68. CANDIAN, Aurelio. *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*. Giuffrè. Milano, 1949.
69. CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Usurpación de nombre. Antes y después de la Ley N° 27720”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 155, agosto de 2011.
70. CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. “Las doctrinas de la ‘penetración’ y de la ‘redhibición’ de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico”. En: <www.Laleyonline.com.ar> (01/05/2013).
71. CARNEGIE, Dale. *Lincoln, el desconocido*. Sexta edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1999.
72. CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Tomo I. Ed. Uteha. Buenos Aires, 1944.

73. CARPIO AGUIRRE, Alfredo. *Derecho notarial*. UNMSM, Lima, 1967.
74. CARPIO MARCOS, Edgar. “Los derechos no enumerados”. En: *La Constitución comentada*, 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
75. CARRASCO PEREA, Ángel (Dir.). *Derecho Civil*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
76. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español y foral*. 14ª edición. Revisada por José Luis de los Mozos. Reus, Madrid, 1987, tomo I, volumen 11.
77. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Sexta edición, Reus, Madrid, 1943.
78. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El derecho de los contratos*, Tomo I, Lima, Minerva, 1978.
79. CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Derecho de las personas y medios de conservación de la garantía patrimonial*. Talleres gráficos Gaviota del Sur, Sucre, Bolivia, 2010.
80. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
81. CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Parte general, Tomo I, Madrid, 1955.
82. CATALANO, Pierangelo: “Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código civil peruano de 1984)”. En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Editorial Cuzco, Lima, 1986.
83. CAUMONT, Arturo. “Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”. En: *La Ley*, jueves 18 de julio de 2013, Año LXXVII, N° 131, Tomo La Ley 2013-D.
84. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “Vulneración del derecho al honor en los casos de imputación a una persona de la condición de morosa”. En: *Diario La Ley*, N° 8073, Sección Doctrina, 30 de abril de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, España, La Ley 1991/2013.

85. CHIAPPINI, Julio. “La variedad normativa del Código Civil”. En: *Suplemento Actualidad*. La Ley, Buenos Aires, 23 de noviembre de 2006.
86. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva constitución al alcance de todos*. Andina, Lima, 1980.
87. CIEZA MORA, Jairo: “¡Si se puede! Transformar asociaciones en sociedades anónimas”. En: *Jurídica*, Lima, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial *El Peruano*, Año 3, 2006, N° 114.
88. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Astrea, Buenos Aires, 1995.
89. CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Astrea. Buenos Aires, 1991.
90. CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil: Parte general*. Cuarta edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 1999.
91. CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, 4ª edición, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2005.
92. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”. En: *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*. Ed. Universidad de Salamanca, 1984.
93. COOLEY, Th. M., A.: *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*, Callaghan, Chicago, 1879.
94. CORDERO, Luis. “Curso de Derecho Romano”, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Unidad Didáctica N° 3. Curso del tercer nivel de pregrado.
95. CÓRDOBA, Marcos M. y DE LA PUENTE, Vanesa G. “La preeminencia del apellido paterno respecto del materno contraría normas de jerarquía constitucional”. En: *DFyP* 2013 (septiembre), 04/09/2013. En: <www.laleyonline.com>, 20/11/2013. Cita Online: AR/DOC/3071/2013.
96. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho de sucesiones*. Curso Universitario, Lima, 1959.

97. CORNEJO, Angel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo I. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937.
98. CORNU, Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*. 11ª edición, Montschrestien, París, 2003.
99. CORNU, Gérard. *Droit civil. Introduction au Droit*. 13ª edition, Montchrestien, París, 2007.
100. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil chileno*. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
101. CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual elemental de Derecho Civil peruano*. Tomo I, Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945.
102. COVIELLO, Nicolás. *Manuale di Diritto Civile italiano*. Soc. Edit. Librería, Milano, 1924.
103. DA MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do Direito civil*. 4ª edición por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra editores, Coimbra, 2005.
104. DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Introducción a la ciencia del Derecho civil*. 2ª edición, Lima, Jurista Editores, agosto 2010.
105. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 3ª edición. Universidad de Deusto, Civitas, Madrid, 1993.
106. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Una Teoría del Derecho: Introducción al Estudio del Derecho*. Civitas. Madrid, 1993.
107. DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier: “Personas jurídicas: Propuestas de enmienda”. En: *Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1995.
108. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España*. Civitas, Madrid, 1984.
109. DE CESARE, Giampiero. “La divisione ereditaria”. En: RESCIGNO, Pietro (a cura): *Sucesiones e donaciones*. Vol. II, Padova, CEDAM, 1994.
110. DE CUPIS, A. *I diritti della personalità*. Giuffrè, Milano, 1950.
111. DE CUPIS, Adriano. *Daños y perjuicios*. Bosch. Buenos Aires, 1975.

112. DE CUPIS, Adriano (voz) “Danno”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XI, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
113. DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Traductor Alfonso Celso Furtado Rezende, Romana, Campinas - SP, 2004.
114. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I y Tomo III, PUCP - Fondo Editorial, Lima, 1998.
115. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del contrato privado*. Cultural Cuzco, Lima, 1983.
116. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. “La desaparición y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional privado”. En: *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. XLVII, 1995, N° 2.
117. DE OLIVEIRA, Guilherme. “Nacimiento (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada 2011.
118. DE SANCTIS, Valerio. (voz) “Autore (diritto di)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè Editore, Milano, 1958-2004.
119. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.
120. DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo Augusto. “El Alter Ego en sociedades de capital”. En: *La Ley*. 2009-B.
121. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1980.
122. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 2ª Reimpresión, Ariel, 1982.
123. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.
124. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, 5ª edición, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

125. DINIZ, María Elena, *Curso de Derecho Civil brasileño*. Vol. 1, 19ª edición actualizada, Saraiva, São Paulo, 2002.
126. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: “Utilización de cámara oculta en un reportaje periodístico de investigación para conocer las circunstancias que rodeaban la práctica de abortos por una clínica privada homologada administrativamente”. En: *Diario La Ley*. Nº 8284, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2959/2014.
127. DOMINGO OSLE, Rafael. *Hacia un Derecho global*. 3ª edición rev. y aum., Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2009.
128. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil - Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. 4ª edición actualizada, Porrúa, México, 1994.
129. dOR’S, Álvaro: *Derecho Privado romano*. 5ª edición revisada. Univ. de Navarra, Pamplona, 1983.
130. DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte general*. Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
131. DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Heliasta, Buenos Aires, 1975.
132. ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*, (obra actualizada por los miembros del Estudio Luis Eche copar García), Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
133. ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*, Imprime y edita Caum (Club de Amigos de la Unesco de Madrid), 1ª edición enero de 2005. Disponible en: <<http://biblio3.url.edu.gt/Libros/intnatu.pdf>>, fecha de consulta: 29/06/2013.
134. ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Derecho Civil. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. Librería Bosch, Barcelona, 1934.
135. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del Derecho Civil*. ARA editores, Lima, 2002.

136. ESPARTERO CASADO, Julián (coordinador). *Introducción al Derecho del Deporte*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
137. ESPIN CANOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.
138. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.
139. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*. Huallaga, Lima, 1996.
140. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006.
141. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derechos de personas*. 4ª edición. Palestra Editores, Lima, 2004.
142. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales*. Grijley, Lima, 1998.
143. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Grijley, Lima, 2011.
144. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Presunción de capacidad de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
145. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio”. En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
146. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª edición, Huallaga, Lima, 2001.
147. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 5ª edición, Rodhas, Lima, 2008.
148. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organización de personas no inscritas*. Tomo II, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012.

149. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo editorial PUCP, Lima, 2003.
150. ESPINOZA ORREGO, Francisco Santiago. *Derecho de las personas*. Fondo editorial Universidad Privada Antonio Guillermo Urreló, Cajamarca, 2007.
151. FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerario*. T. II, Método, São Paulo, 2000.
152. FERNÁNDEZ ARCE, César y ZAMBRANO COPELLO, Verónica. *Derecho de sucesiones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
153. FERNÁNDEZ ARCE, César. *Código Civil: Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.
154. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida principio rector del Derecho*. Dykinson, Madrid, 1999.
155. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.
156. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
157. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 7ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 1996.
158. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Doctrina y legislación sobre la persona en el siglo XX”. En: *Instituciones del Derecho Civil Peruano (visión histórica)*. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Tomo I, Lima.
159. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
160. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 12ª edición, Motivensa, Lima, 2012.
161. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009.

162. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 8ª edición, Grijley, Lima, 2001.
163. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y Persona: Introducción a la Teoría del Derecho*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2001.
164. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
165. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1992.
166. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Defensa de la persona”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
167. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
168. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Domicilio, residencia o morada”. En: *La Ley*. Año 3, N° 33, 1 al 31 de agosto de 2010.
169. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El histórico problema de la capacidad jurídica”. En: *Diez años. Código Civil peruano: balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, WG Editor, Lima, 1995.
170. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”. En: *Cuadernos de Derecho* 3. Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Lima, año 2, N° 3, setiembre de 1993.
171. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuridicidad como problema”. En: *Lumen*. Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Año 1, N° 1, Lima, 2000.
172. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “La antijuridicidad como problema”. En: *Obligaciones y contratos en el tercer milenio. Homenaje a Roberto López Cabana*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
173. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a imaginar el Derecho*. Idemsa, Lima, 2011.
174. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad*. Librería Studium, Lima, 1987.

175. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. 2ª edición, UNMSM, Lima, 1968.
176. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Libertad, Constitución y derechos humanos*. Serie Clásicos del Derecho, Tomo I, San Marcos, Lima, 2003.
177. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Motivensa, Lima, 2009.
178. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*. Universidad de Lima, Lima, 1990.
179. FERNÁNDEZ, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”. En: *Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría*. Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
180. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2001.
181. FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.
182. FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2002.
183. FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
184. FERRERO, Raúl. *Trabajos de Derecho Constitucional. La Constitución mediatizada*. Grijley, Lima, 1999.
185. FIGUEROA YÁNEZ, Gonzalo. *Derecho Civil de la persona*. Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2001.
186. FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia. “El derecho a la protección de la vida e integridad física”. En: *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, Protección de la persona y derechos fundamentales, UNAM, 2006.
187. FORCHIELLI, Paolo. (voz) “Domicilio”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
188. FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paulo, 1999.

189. FRANCIONE, Gary. *Animals, Property and the Law*. Philadelphia, Temple University Press, 1995.
190. FREIRE DE SA, Fátima. “Cuerpo humano (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
191. FROSSINI. “Il soggetto del Diritto come situazione giurudica”. En: *Rivista di Diritto Civile I*. 1969.
192. GAJST, Ignacio Fabián. “Teoría de la penetración societaria”. En: *La Ley*, 1991-E.
193. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
194. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, Porrúa, México, 1994.
195. GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
196. GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la legislación peruana*. Tomo II, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, Lima, 1862.
197. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “El nuevo delito de lesiones en el concebido”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, Lima, N° 103, 2002.
198. GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Memoria de mis putas tristes*. Mandadori, Barcelona, 2004.
199. GARCÍA MELE, Horacio N. *El nombre. El apellido de la mujer casada*. Abaco, Buenos Aires, 1983.
200. GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo I, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima.
201. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho constitucional*. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999.
202. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. “Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato”. En: *La Ley*. Año LXXVII N° 232, Tomo La Ley 2013-F, miércoles 11 de diciembre de 2013.

203. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”. En: *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
204. GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales (parte general y especial. Figuras contractuales modernas)*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
205. GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil. Parte general*. 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2002.
206. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
207. GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique. “Sobre la noción de persona”. En: *Revista de estudios políticos*. Vol. XXII. N° 47, Madrid, 1947.
208. GÓMEZ SANCHO, Marcos. *Medicina paliativa: la respuesta a una necesidad*. Aran, Madrid, 1998.
209. GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. *Derechos reales*. 2ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2009.
210. GONZÁLEZ CANCINO, Emilssen. “Persona (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.
211. GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos: Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas, Madrid, 1987.
212. GORDILLO, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986.
213. GUERRA CERRÓN, María Elena. *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Grijley, Lima, 2009.
214. GUERRA VAQUERO, Ana Ylenia. “Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, sobre consentimiento informado”. En: *Diario La Ley*, N° 8140, Sección Tribuna, 3 Sep. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, España. La Ley 4839/2013.
215. GUEVARA PALACIOS, Augusto M. “El derecho a ser olvidado en Internet. El caso ‘Google’ en la justicia europea”. En: *La Ley*, viernes 10 de enero de 2014, año XXVII N° 7, Tomo La Ley 2014-A.

216. GUEVARA PEZO, Víctor. *Personas naturales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
217. GUIBOURG, RICARDO A. “Humo de buen derecho y casos difíciles. En: *La Ley*. Buenos Aires, Año LXX, N° 231, 29/11/2006.
218. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “La razonabilidad de las leyes y otros actos de poder”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año I, N° 1, Lima, julio de 1995.
219. GUTIÉRREZ DUANY, María y LAVARELLO ALBA, Gianella. “Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 13, Lima, año 1997.
220. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Dolores. *La herencia yacente*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.
221. HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. “Apertura de paquetes postales. Alcance del secreto de las comunicaciones”. En: *Diario La Ley*, N° 8265, Sección Doctrina, 6 de marzo de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 1042/2014.
222. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983.
223. HORTTA V., Edwin de J. “La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana... consecuencias de su desconocimiento o negación”. En: *Revista de Fundamentación Jurídica*. N° 2, Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana, Bogotá, 1988.
224. HUBMANN, H. *Das persönlichkeitsrecht*. 2ª edición, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967.
225. HUET-WEILLER, D. “La protection juridique de la voix humaine”. En: *RTDC*. 1982.
226. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Capital social en moneda extranjera”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 66, Lima, marzo de 2004.
227. HUNG VAILLANT, Francisco. *Derecho Civil I*. 2ª edición, Editores Vadell Hermanos, Caracas, 2001.
228. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano* (Instituciones de Derecho Romano). Ariel.

229. IHERING, Rudolph von. *El espíritu del Derecho Romano*. Tomo IV, Madrid, 1910.
230. JOSSERAND, Louis. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.
231. ISSA EL KHOURY, Henry. “Las garantías del tipo penal y la misión moralizante del juez a propósito de un comentario jurisprudencial”. En: <<http://www.cienciaspenales.org>> 15/09/2005.
232. JUANATEY DORADO, Carmen. “Derecho a la vida (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo I, Editorial Comares, Granada, 2011.
233. KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Labor, Barcelona, 1934.
234. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El derecho del menor a su propio cuerpo”. En: *La persona humana*. Director Guillermo A. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001.
235. KRASNOW, Adriana. “Comienzo de la existencia de la persona”. En: <www.laleyonline.com.ar> (01/05/2013).
236. KRESALJA ROSELLO, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo editorial PUCP, Lima, 2004.
237. KÜNG, Hans. *Una ética mundial para la economía y la política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
238. LANATTA GUILHEM, Rómulo E. “Exposición de motivos y comentarios al Libro de Sucesiones del Código Civil”. En: Código Civil. Exposición de motivos y comentarios: Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Tomo V, Lima, Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada, 1985.
239. LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Derechos de Sucesiones*. Tomo III, Lima, Editorial Desarrollo, 1982.
240. LANDA ARROYO, César. “Antejuicio político”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 64, Lima, enero de 2004.
241. LARENZ, K. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8ª edición continuada por M. WOLF.

242. LARENZ, Karl. “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”. En: *Revista de Derecho Privado*, 1963.
243. LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al Derecho privado*. Primera reimpresión, Legis, Bogotá, 2008.
244. LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho Civil: Parte general y Derecho de la persona*. Tomo I. 12ª edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2006.
245. LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
246. LASARTE, Carlos. *Parte general y derecho de la persona*. Tomo I, 16ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
247. LASTRA LASTRA, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. Mc Graw Hill, México, 1994.
248. LEAL DE LIMA OLIVEIRA, Marcelo: “A Aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno”. En: *Revista de Direito Privado*. Nº 15, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, julho-setembro, 2003.
249. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
250. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1979.
251. LEHMANN, H. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, en *Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*. Volumen I, 16.ª ed. a cargo de H. HÜBNER, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1966.
252. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho a la imagen de las cosas propias”. En: *La Ley*, 22/02/2006, 22/02/2006, 1 - La Ley 2006-B, 689. <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).
253. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. “El derecho personalísimo sobre la propia voz”. En: *La Ley*, 1990-A, 845, <www.laleyonline.com.ar> (11/10/2013).
254. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual de Derecho Civil*. Imprenta de la UNMSM. Lima, 1963.

255. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Imprenta UNMSM, Lima, 1973.
256. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. 3ª edición, Lima, UNMSM, 1980.
257. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, WG Editores, Lima, 1991.
258. LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1952.
259. LERNER, Pablo. “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2012.
260. LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de la persona*. Tecnos, Madrid, 1986.
261. LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de; LIRA, Daniel Ferreira de.: “O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças”. En: *Âmbito Jurídico*. Río Grande, XV, Nº 103, ago 2012. 31/03/ 2013.
262. LIMONGI, Franca. “El concepto de muerte ante el derecho al trasplante y el derecho hereditario”. En: *Código Civil peruano: Balance y perspectiva*. Congreso Internacional, Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1995.
263. LIOTTA, Maurizio: (voz) “Onore (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
264. LLAMAS POMBO, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.
265. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo I. 16 edición, Perrot. Buenos Aires, 1967.
266. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. 3ª edición actualizada. Perrot. Buenos Aires, 1967.
267. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 21ª edición, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

268. LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Parte general*. Saraiva, São Paulo, 2009.
269. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*, Vol. XVII, T. I, Lima, PUCP, 1992.
270. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Ediciones Librería Studium, Lima, 1986.
271. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Lib. Studium, Lima, 1987.
272. LÓPEZ DE LA VIEJA, M^a Teresa. “Ser humano”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Comares, Granada, 2011.
273. LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996.
274. LÓPEZ FREITAS, Jenny: “Procesos de interdicción y el amparo familiar. Identifican urgencias de diversas modificaciones legislativas”. En: *Jurídica*, Suplemento del diario oficial *El Peruano*, 8 de enero de 2013.
275. LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Depalma, Buenos Aires, 2000.
276. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Coedición Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grijley, Lima, 2006.
277. LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélica. *Derecho Civil: Parte general*. Segunda edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1994.
278. LUCES GIL, Francisco. *El nombre civil de las personas en el ordenamiento jurídico español*. Bosch, Barcelona, 1977.
279. MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
280. MAGNI, Césare. “Sogetto e persona nel Diritto”. En: *Studi in onore de Vincenzo del Giudice*. Milán, 1953.
281. MALICKI, Anahí S. M. “El cadáver actos dispositivo”. En: *La Ley*. 1985-C.

282. MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Trad. de Aldo Zela Villegas. Palestra Editores. Lima, 2007.
283. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Biblioteca Nueva. Buenos Aires, 1943.
284. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. “Comentarios al artículo 33”. En: *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, volumen 1, coordinados por Joaquín Rams Albesa, Bosch, Barcelona, 2000.
285. MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Diccionario Jurídico General*. Tomo II, Iure Editores, México, 2006.
286. MARTINEZ MORAM, Narciso. “Trato inhumano o degradante”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo II, Director Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 2011.
287. MARTÍNEZ OTERO, Juan María: “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4.º bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: *Diario La Ley*, N° 8199, Sección Tribuna, 26 Nov. 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 8718/2013.
288. MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”. En: *Diario La Ley*, N° 8234, Sección Tribuna, 22 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.
289. MAZEAUD Henry, Jean y León. *Derecho Civil (Obligaciones)*. Tomo I.
290. MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*. Tomo I, Volumen 1. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
291. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Vol. 2. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
292. MAZZONI, Pacifici. *Istituzioni Di Diritto Civile italiano*. Tipografía e litografía Pellas, Firenze, 1914.

293. MELO FILHO, Alvaro. *Desporte na nova Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990.
294. MENDES DE ALMEIDA, Fernando Enrique. *Revista dos Tribunais*. 253/22.
295. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. I - Parte general, tomo III - Pessoas. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.
296. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1971.
297. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1954.
298. MESSINETTI, Davide: (voz) “Oggetto del diritto”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
299. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
300. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1, Campinas, Bookseller, 1999.
301. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Ausencia y desaparición”. En: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, junio de 1975.
302. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1982.
303. MONGE TALAVERA, Luz. “Principio de la persona y de la vida humana”. En: *Código civil comentado*. 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
304. MONGE TALAVERA, Luz. “Prohibición de negar al hijo por nacer”. En: *Código civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007.
305. MONGE, Luz. “El ser humano como sujeto de derecho”. En: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI, Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomo II, Lima, Idemsa, 2010.

306. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Vol. 1: Parte General, 39 edición revisada y actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2003.
307. MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, LIBRO XI: “De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución”.
308. MORAES, Walter. “Direito à própria imagem”. En: *Revista dos Tribunais*. Ano 61, N° 443, São Paulo, setembro de 1972.
309. MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Grijley, Lima, 1995.
310. MORALES GODO, Juan. *Instituciones del Derecho Civil*. Palestra editores. Lima, 2005.
311. MORALES GODO, Juan. “Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otra de cualquier género”. En: *Código Civil comentado*, 3ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
312. MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código civil. Concordado y anotado*. 3ª edición, Tomo II. Gisbert, La Paz, 1991.
313. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. “Derecho de la madre a sepultar a su feto”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 239, octubre 2013.
314. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil*. 2ª reimpresión de la primera edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
315. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 1982.
316. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Vol. III. Ediar, Buenos Aires, 1980.
317. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El valor de la vida humana*, 3ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
318. MUSATTI, A. “Specificazione e personalità”. En: *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II.
319. NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Elsevier, Río de Janeiro, 2007.

320. NATOLI, Ugo. *L'amministrazione dei beni ereditari* 2, I, Milano, 1968.
321. NAYMARK, M.S. y ADÁN CANADAS, F. *Diccionario Jurídico Fórum*. Tomo II, Buenos Aires, Editorial Jurídica Argentina, 1947.
322. NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 9ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 09/08/2012, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
323. NERY, Rosa María de Andrade. *Noções preliminares de Directo civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
324. NEVES AMORIN, José Roberto. *Direito ao nome da pessoa física*. Saraiva, São Paulo, 2003.
325. NIEVES SALDAÑA, María. "El derecho a la privacidad en los estados unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego". En: *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. N° 28, 2011.
326. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información (un conflicto de derechos)*. 5ª edición. Siglo XXI Editores. Bogotá, 1997.
327. NÚÑEZ ENCABO, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho*. Vol. I. Alhambra. Madrid, 1979.
328. NUZZO, Mario. (voz) "Nome". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXVIII, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
329. OBREGÓN ÁLVAREZ, Alejandro E. *La persona humana: problemas bioéticos y biojurídicos actuales*, disponible en: <<http://www.uaq.mx>>, julio 2012.
330. OCHOA G, Óscar E. *Derecho Civil I - Personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
331. OLAVARIA VIVIAN, Juan. *Cuestiones de Derecho Sucesorio en el Código Civil peruano de 1984*. Escolani, Lima, 1997.
332. OLAZABAL F., Leoncio. *Derecho Civil. Nociones generales, personas, acto jurídico*. Garcilaso, Cuzco, 1961.
333. ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. 2ª edición, Assandri, Córdova, 1961.

334. ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Depalma. Buenos Aires, 1946.
335. PAIS VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral de Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 2007.
336. PALACIOS LEÓN, Nélica. “Prueba del nombre”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2011.
337. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo H. *Elementos de Derecho Civil peruano*. 3ª edición, Tomo I, Sesator, Lima, 1982.
338. PALMER OLIDEN, Carmen Julia. “La vinculación positiva de las administraciones públicas al ordenamiento jurídico”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 9, Tomo 63, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2003.
339. PARAS CUEVA, Eleácero. *Hombre y Estado*. Ed. de la Universidad de Nuevo León. Monterrey, 1959.
340. PASSOS DE FREITAS, Vladimir: “Como o feio e o bonito interferem na decisão judicial”, en <www.conjur.com.br> 30/12/2013.
341. PATRONO, Paolo: (voz) “Privacy (diritto all)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXX, Milano, Giuffrè Editore, 1958-2004.
342. PEIRANO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. 3ª Edición. Temis, Bogotá, 1981.
343. PEÑA CABRERA, Raúl. *Nuevo Código Penal comentado y leyes complementarias*. San Marcos, Lima, 1992.
344. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª edição, Vol. I, Forense, Río de Janeiro, 2004.
345. PÉREZ CABALLERO, Aurelio. *Diccionario Jurídico Peruano*. CDI, Lima, s/f.
346. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “La conmorienca: venturas y desventuras de una presunción legal”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 90, Lima, agosto de 2008.
347. PÉREZ, Julio D. *Código Penal concordancias*. 6ª edición, Sevillano, Lima, 1982.

348. PESCIO VARGAS, Victorio. *Manual de Derecho Civil*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.
349. PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Albatroz, Buenos Aires, 1980.
350. PLANIOL, Marcel y RIPERT, George. *Derecho Civil*. Biblioteca Clásicos de Derecho, Oxford University Press, Primera serie, volumen 8, 1999.
351. PLINER, Adolfo. *El nombre de las personas*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.
352. PORTALIS, Jean E. *Discurso preliminar. Código Civil francés*. Trad. de S. de la Canal. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
353. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delito de lesiones*. Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003.
354. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II, vol. III, p. 231, Bosch, Barcelona, 1983.
355. PUIG FERRIOL, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, volumen I. Segunda parte, Bosch, Barcelona, 1979.
356. PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*. Tomo IV. Editorial Nauta, Barcelona, 1966.
357. QUEIROZ DE OLIVEIRA JUNIOR, Albino. “Direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive seus directos socios”. En: *Direito Civil Constitucional*. Cuaderno 3, Coordinador Renato Lotufo, Brasil, Malheiros Editores, 2002.
358. QUISPE CORREA, Alfredo. *Los derechos humanos*. Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 2002.
359. RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, José. “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”. En: *Diario La Ley*, Año XXVIII. Número 6754. Miércoles, 11 de julio de 2007, disponible en: <<http://diariolaley.laley.es>> (12/10/2013).

360. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano: la codificación del siglo XIX. Los códigos de la confederación y el Código Civil de 1852*. Tomo II. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2001.
361. RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “La persona en el Esbozo de Teixeira de Freitas”. En: *Observatorio de Derecho Civil*. Vol. IV: La Persona, Motivensa, Lima.
362. RECASÉNS Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6ª edición, Porrúa.
363. RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato italiano*. Casa Editrice Eugenio Jóvene, Napoli, 1984.
364. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil*. Tomo I, Talleres Gráficos de Okura Editores, Lima, 1985.
365. REVOREDO, Delia. *Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Tomo I. Editorial E.I.B.M. Lima, 1985.
366. RICO LARA, Manuel. “Trasplantes de órganos en cuerpo humano” En: *Revista de Derecho Judicial*, N° 41. Madrid.
367. RIVERA, Julio César. *El nombre en los derechos civil y comercial*. Astrea, Buenos Aires, 1977.
368. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte general*. 32 edición, Vol. 1. Saraiva, São Paulo, 2002.
369. RODRÍGUEZ ESQUECHE, Luis Miguel. *Derecho de sucesión hereditaria*. S/e, Chiclayo, 2000.
370. ROJAS BELLIDO, Gabriela. “¿Qué derechos me asisten cómo paciente? Apuntes en torno a los pacientes y sus derechos en el ordenamiento Jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 149, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2013.
371. ROJINAS VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil mexicano*, Tomo I. Porrúa, 1987.
372. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*. Cátedra de Derecho y genoma humano, Bilbao, 2002.

373. ROMERO SANDOVAL, Raúl. *Derecho Civil*. 4ª edición. Los amigos del Libro, Bolivia, 1994.
374. RUBIO CORREA, Marcial. *Para leer el Código Civil*. XII, *El ser humano como persona natural*. PUCP, 1992.
375. RUBIO CORREA, Marcial. “El ser humano como persona natural”. En: *Para leer el Código civil*. 2ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
376. RUBIO CORREA, Marcial. “El ser humano como persona natural”. En: *Para leer el Código Civil*. 2ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
377. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
378. SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 4, N° 13, 2002.
379. SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “Derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física”. En: *La Constitución comentada*. 2ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2013.
380. SAGARNA, Fernando, *Los trasplantes de órganos en el Derecho*. Depalma, Buenos Aires, 1996.
381. SALAZAR BONDY, Augusto. *Breve vocabulario filosófico*. 2ª edición. Arica, Lima, 1971.
382. SALGADO, Juan. “Contribución al estudio del domicilium en el Derecho romano”. En: *Revista de Derecho Privado*, 1980.
383. SALINAS, SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal peruano*. Tomo II. Palestra, Lima, 2000.
384. SAR, Omar A. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. 2ª edición. Nomos & Thesis editorial, Lima, 2005.
385. SAR, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Nonos & Thesis. Lima, 2004.

386. SATANOWSKY, Marcos. *Estudios de Derecho Comercial*. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1950.
387. SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
388. SEOANE, Mario. *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana*. Grijley, Lima, 2005.
389. SERRANO Y SERRANO, Ignacio. *La ausencia en el Derecho español*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
390. SINGER, Peter. *Animal Liberation. A New Ethics for our Treatment of Animals*. New York Review / Random House, New York, 1975; Cape, London, 1976; Avon, New York, 1977; Paladin, London, 1977; Thorsons, London, 1983. Harper Perennial Modern Classics, New York, 2009.
391. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.
392. SOLER, Sebastián. *Ley, historia y libertad*. Losada. Buenos Aires, 1943.
393. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo IV, Ejea, Buenos Aires, 1983.
394. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*, Tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1983.
395. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos no enumerados y derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 126, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2006.
396. SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes. “Protección al derecho al honor. La calumnia y la injuria”. En: Diario *La Ley*. N° 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial La Ley, España, *La Ley* 18096/2012.
397. SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 3. Depalma, Buenos Aires, 1949.
398. STEIN, Peter G. *El Derecho Romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*. Siglo veintiuno de España Editores. Madrid, 2001.

399. TAMASSIA, Nino. “L’assenza nella storia del diritto romano”. En: *Archivio giuridico*, 36, 1886.
400. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*. Temis, Bogotá, 1986.
401. TAUPITZ, Jochen. “El Derecho a no saber en la legislación alemana (Parte II)”. En: *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Universidad de Deusto, España, N° 8, enero-junio, 1998.
402. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esbôço, tomo I, Ministerio da Justiça e negocios interiores, Río de Janeiro, 1952.
403. TOBÍAS, José W. *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, 2009.
404. TOBÍAS, José W. *Fin de la existencia de las personas físicas*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.
405. TOBÍAS, José W. “El derecho a la vida de la persona por nacer”. En: *La Ley*, año LXXI, N° 198, martes 16 de octubre de 2007.
406. TORRES MALDONADO, Marco Andrei. *¿Derechos sin sujeto? A propósito de la herencia yacente: Análisis en torno a su administración como parte subjetiva en la relación jurídica procesal y el conflicto de legitimidades entre Curador vs. Albacea*. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. Lima. N° 30. Año IX, 2012, p. 14. Ponencia ganadora del primer lugar en el I Congreso Internacional y VIII Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil (Huánuco).
407. TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “El seudónimo: Replanteamiento doctrinal y legislativo”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales. N° 131, enero de 2012.
408. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 3ª edición, Idemsa, Lima, mayo de 2007.
409. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2ª edición, Editorial San Marcos. Lima, 2005.
410. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

411. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011.
412. TORRES Y TORRES-LARA, Carlos. *El centro del debate constitucional en 1993*. Tomo I, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.
413. TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè. Milano, 1983.
414. TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1999.
415. UNICEF. *Algunas reflexiones sobre la situación de la niñez en el Perú: A 20 años de la Convención sobre los Derechos del niño*. Unicef Perú. Lima, 2009.
416. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: contribuciones para un Código Civil tipo en materia de personas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
417. URQUIZO, OLAECHEA, José. “Principio de legalidad”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
418. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Parte general y personas*. 15ª edición, Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.
419. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derechos reales*, Tomo II, 11 edición, Temis, 2012.
420. VALENCIA ZEA, Arturo. “Los derechos de las personas (o Derechos Humanos) en el nuevo Código Civil peruano de 1984”. En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Editorial Cuzco, Lima, 1986.
421. VALVERDE, Emilio. *El derecho de sucesiones en el Código Civil peruano*. Talleres Gráficos del Ministerio de Guerra, Lima, 1951.
422. VALVERDE, Gustavo. “Mi vida Online... ¿Y si muero? - Una Herencia Digital”. Disponible en: <<http://linkea.do/2013/04/28/mi-vida-online-y-si-muero/>>, 20/10/2013.

423. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho médico peruano*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001.
424. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Derecho de la filiación*. Tomo IV, con la colaboración de Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2013.
425. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de las familias. Matrimonio y unión estable*. Tomo II, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, Instituto de Investigación Científica, Universidad de Lima, Lima, 2009.
426. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho genético: personas y familia”. En: *Los diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1995.
427. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho deportivo en el Perú*. Fondo Editorial, Universidad de Lima, Lima, 2008.
428. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2006.
429. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
430. VEGA MERE, Yuri. “Derecho de asociación. Constitución de fundaciones y otras formas de organización jurídica”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005.
431. VEGA MERE, Yuri. “Un paso adicional en equiparación con las familias matrimoniales”, Informe especial: Convivientes son herederos forzosos. Derechos sucesorios entre miembros de uniones de hecho. En: *La Ley*. Año 6, N° 63 del 1 al 30 de abril de 2013.
432. VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Tomo I, Grijley, Lima, 1996.
433. VELOSO, Zeno. “Marido quer usar sobrenome da mulher”. En: *Revista IBDFAM*, N° 5, noviembre de 2013.
434. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Volumen 1, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002.

435. VERÓN, Alberto Víctor. “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”. En: *La Ley*. 10/08/2011.
436. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. 2ª edición, Gaceta Jurídica. Lima, 2000.
437. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Introducción al Derecho Civil peruano*. WG Editor. Lima, 1992.
438. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Cuzco, Lima, 1985.
439. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Orden público y nulidad virtual del acto jurídico”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Universidad de Lima, Lima, 1990.
440. VIDAL TAQUINI, Carlos H. “El apellido se adquiere por la filiación”. En: DFyP 2010, (abril), 01/04/2010.
441. VIEIRA, Manuel Adolfo. *El domicilio en el Derecho Privado Internacional*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1958.
442. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte especial I-B*, Lima, San Marcos, 1998.
443. VILLAFUERTE CLAROS, Armando. *Derecho de sucesiones*. Tomo I, Parte General, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1993.
444. VILLELA, João Batista. “Bichos. Uma outra revolução é possível”. En: *Revista del Rey Jurídica*. Año 8, Nº 16, Sem. 2006, Brasil BH - MG.
445. WARREN, S. y BRANDEIS, L. D., “The Right to Privacy”. En: *Harvard Law Review*. Vol. 4, Núm. 5, 1890.
446. WEBER, Albretch. “La carta europea de los derechos fundamentales desde la perspectiva comparada”. En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Coordinar Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

447. YUNGANO, Arturo. *Derecho Civil*. Edición Jurídica, Buenos aires, 1990.
448. ZARRANS IMIRIZALDU, Juan José. “Muerte (jurídico)”. En: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Director Carlos María Romeo Casabona, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2011.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	5
--------------------	---

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I

Generalidades

1. Hombre, sociedad y Derecho	11
2. Persona y sujeto.....	15
3. ¿Qué nos hace humanos?	21
4. Derecho Civil.....	23
5. Codificación.....	37
6. Códigos latinoamericanos	49
7. Otros códigos.....	52
8. Codificación en el Perú.....	54
9. Descodificación.....	59
10. Recodificación.....	61

11. El Código Civil de 1984 en esquemas	63
12. Legislación sobre la persona	64
Bibliografía.....	74

TÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO I

Sujeto de derecho

1. Introducción	83
2. Antecedentes	85
3. Etimología.....	86
4. Concepto	86
5. Denominación.....	89
6. Definición	92
7. Características	94
8. Naturaleza jurídica	100
9. Clasificación.....	102
10. Importancia.....	123
11. Diferencias entre los sujetos de derecho	124
12. Teorías aplicables al sujeto de derecho.....	128
13. Categorización jurídica de la existencia	129
14. Derechos sin sujetos	136
Bibliografía.....	146

CAPÍTULO II

Concebido

1.	Introducción	155
2.	Antecedentes	155
3.	Etimología.....	156
4.	Concepto	157
5.	Denominación.....	157
6.	Definición	160
7.	Características	161
8.	Naturaleza jurídica	163
9.	Protección jurídica especial	169
10.	Relación jurídica subjetiva	174
11.	Capacidad	179
12.	Fin	180
13.	Daños al concebido	183
14.	Tratamiento del concebido en el Código Civil	184
15.	Tratamiento del concebido en la legislación nacional.....	199
16.	<i>Concepturus</i>	203
	Bibliografía.....	212

CAPÍTULO III

Persona natural

1.	Introducción	219
2.	Antecedentes	219

3.	Etimología.....	221
4.	Concepto	223
5.	Denominación.....	225
6.	Definición	227
7.	Características	228
8.	Naturaleza jurídica	232
9.	Clases.....	233
10.	Inicio.....	234
11.	Fin	236
	Bibliografía.....	238

CAPÍTULO IV

Persona jurídica

I.	GENERALIDADES	
1.	Introducción	243
2.	La asociación como derecho.....	244
3.	Antecedentes	250
4.	Concepto	253
5.	Denominación.....	254
6.	Definición	256
7.	Características	258
8.	Trascendencia en el tiempo.....	262
9.	Naturaleza jurídica	262
10.	Clases.....	265
11.	Elementos	266
12.	Atributos	268

Índice general

13.	Importancia.....	269
14.	Reorganización.....	270
15.	Documentos de identidad.....	272
16.	Fin	274
17.	Normativa.....	275
18.	Instituciones afines.....	275
19.	Teoría de la impenetrabilidad	275
II.	DE LA ASOCIACIÓN, LA FUNDACIÓN, EL COMITÉ Y DEMÁS PERSONAS JURÍDICAS	
1.	Asociación.....	278
2.	Fundación	282
3.	Comité.....	284
	Bibliografía.....	288

CAPÍTULO V

Ente no personificado

1.	Introducción	295
2.	Antecedentes.....	295
3.	Concepto	296
4.	Denominación.....	296
5.	Definición	297
6.	Características.....	297
7.	Naturaleza jurídica	299
8.	Clases.....	300
9.	Documentos de identidad.....	300
10.	Inicio.....	301

11. Fin	301
12. Grupos despersonalizados	302
13. Tratamiento.....	302
Bibliografía.....	303

CAPÍTULO VI

Objeto de derecho

1. Generalidades	307
2. Etimología.....	309
3. Noción.....	309
4. Definición	310
5. Características	311
6. Naturaleza jurídica	315
7. Clases.....	315
8. Importancia.....	317
9. Objeto del derecho.....	318
Bibliografía.....	319

TÍTULO TERCERO

CAPÍTULO I

Derechos de la persona

1. Nociones generales.....	325
2. Antecedentes históricos	325
3. Concepto	326
4. Denominación.....	327

Índice general

5.	Definición	329
6.	Fundamento	330
7.	Características	330
8.	Naturaleza jurídica	336
9.	Estructuración	338
10.	Clasificación	339
11.	Teorías	343
12.	Base de los derechos de la persona	344
13.	Cláusula de tutela integral de la persona humana	345
14.	Categorías o materias que no son derechos de la persona	348
15.	Base legal	349
16.	Atributos de la persona	350
	Bibliografía	352

SUBCAPÍTULO I

Derecho a la vida

1.	Generalidades	357
2.	Concepto	357
3.	Denominación	359
4.	Definición	364
5.	Fundamento	364
6.	Titulares	365
7.	Naturaleza jurídica	365
8.	Características	366
9.	Clases	368
10.	Actos ilícitos	369

11. Actos lícitos.....	369
12. Base legal	370
13. Ley General de Salud	370
14. Inicio y fin.....	371
Bibliografía.....	376

SUBCAPÍTULO II

Derecho a la integridad

1. Generalidades	381
2. Concepto	381
3. Denominación.....	382
4. Definición	382
5. Fundamento	383
6. Titulares.....	385
7. Naturaleza jurídica	385
8. Características	387
9. Clases.....	388
10. Actos ilícitos.....	392
11. Actos lícitos.....	394
12. Base legal	396
Bibliografía.....	398

1

Actos de libre disposición del cuerpo humano

I. CUERPO HUMANO	
1. Generalidades	399

Índice general

2.	Concepto	400
3.	Definición	400
4.	Titulares	401
5.	Naturaleza jurídica	401
6.	Características	404
7.	Derecho sobre el cuerpo.....	407
8.	Derechos derivados del derecho del cuerpo.....	408
II. ACTOS DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO		
1.	Generalidades	416
2.	Antecedentes	416
3.	Concepto	418
4.	Denominación.....	418
5.	Definición	418
6.	Fundamento	419
7.	Titulares	419
8.	Naturaleza jurídica	420
9.	Características	420
10.	Clases.....	422
11.	Actos ilícitos.....	423
12.	Actos lícitos.....	424
13.	Base legal	425
	Bibliografía.....	426

2

Exámenes médicos

1.	Generalidades	429
2.	Base legal	429

3. Desarrollo teórico	430
Bibliografía.....	436

3

Contratos sobre el cuerpo humano

1. Generalidades	437
2. Base legal	438
3. Desarrollo teórico	438
Bibliografía.....	443

SUBCAPÍTULO III

Derecho a la libertad

I. DERECHO A LA LIBERTAD	
1. Generalidades	447
2. Etimología.....	447
3. Concepto	448
4. Denominación.....	451
5. Definición	451
6. Fundamento	452
7. Titulares.....	453
8. Naturaleza jurídica	454
9. Características	454
10. Clases.....	455
11. Actos ilícitos.....	456
12. Actos lícitos.....	457
13. Base legal	458

14.	Actos pro libertad.....	460
15.	Igualdad	462
II.	EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	
1.	Antecedentes	466
2.	Tratamiento legal.....	467
3.	Delimitación	470
4.	Casuística	476
5.	Límites de la libertad.....	480
6.	La coacción. Un delito contra la libertad	482
7.	Ámbito de aplicación. Del principio de libertad al principio de vinculación positiva de la Administración Pública	487
8.	Terminando la reflexión	488
	Bibliografía.....	490

SUBCAPÍTULO IV

Derecho a la libertad

1.	Generalidades	497
2.	Concepto	497
3.	Denominación.....	499
4.	Definición	500
5.	Fundamento	501
6.	Titulares.....	502
7.	Naturaleza jurídica	504
8.	Características	505
9.	Clases.....	507

10. Actos ilícitos.....	510
11. Actos lícitos.....	513
12. Base legal	513
13. <i>Exceptio veritatis</i>	514
Bibliografía.....	516

SUBCAPÍTULO V

Derecho a la intimidad

1. Generalidades	521
2. Antecedentes.....	521
3. Concepto	522
4. Denominación.....	524
5. Definición	527
6. Fundamento.....	528
7. Titulares.....	531
8. Naturaleza jurídica	533
9. Características	533
10. Clases.....	535
11. Elementos	537
12. Actos ilícitos.....	539
13. Actos lícitos.....	543
14. Base legal	546
15. Derecho al secreto profesional	549
Bibliografía.....	550

1

**Derecho a la intimidad especial.
Intimidad comunicacional**

1.	Generalidades	553
2.	Fundamento	553
3.	Contenido	554
4.	Actos ilícitos.....	557
5.	Base legal	557
	Bibliografía.....	558

SUBCAPÍTULO VI

Derecho a la imagen y a la voz

I.	DERECHO A LA IMAGEN	
1.	Origen.....	561
2.	Etimología.....	562
3.	Concepto	562
4.	Denominación.....	565
5.	Definición	566
6.	Fundamento	567
7.	Titulares.....	568
8.	Naturaleza jurídica	570
9.	Manifestaciones	572
10.	Derecho a las copias.....	579
11.	Derecho a la imagen y deporte	579
12.	Casuística	584

II.	DERECHO A LA VOZ	
1.	Etimología.....	587
2.	Concepto	587
3.	Denominación.....	588
4.	Definición	589
5.	Fundamento	589
6.	Titulares.....	590
7.	Naturaleza jurídica	590
8.	Manifestaciones	591
9.	¿Otras formas de voz?	593
10.	Casuística	595
III.	TRATAMIENTO LEGAL UNIFORME. LA IMAGEN Y LA VOZ	
1.	Generalidades	596
2.	Nivel de protección.....	597
3.	Ámbito.....	597
4.	Características.....	598
5.	Aspectos.....	599
6.	Uso libre de la imagen y la voz	602
7.	Exclusión del uso de la imagen de personajes públicos para fines publicitarios o patrimoniales	603
8.	Actos ilícitos.....	604
9.	Actos lícitos.....	607
10.	Base legal	608
	Bibliografía.....	611

SUBCAPÍTULO VII

Derecho al nombre

1.	Generalidades	617
2.	Antecedentes históricos	618
3.	Etimología.....	620
4.	Concepto	620
5.	Denominación.....	622
6.	Definición	623
7.	Características	625
8.	Naturaleza jurídica	627
9.	Fundamento	630
10.	Formas de adquisición del nombre	634
11.	Formas de pérdida del nombre	636
12.	Elementos	638
13.	Estructura	647
14.	Titulares.....	655
15.	Prueba del nombre	656
16.	Acciones de defensa del nombre	657
17.	Composición de los apellidos	680
18.	Convenios relativos al nombre	692
19.	Instituciones afines.....	693
20.	Actos ilícitos.....	702
21.	Actos lícitos.....	702
22.	Derecho comparado.....	703

23. Base legal	703
24. Seudónimo	705
Bibliografía.....	714

SUBCAPÍTULO VIII

Derecho al domicilio

1

Teoría general del domicilio

1. Generalidades	721
2. Antecedentes históricos	721
3. Etimología.....	723
4. Concepto	723
5. Denominación.....	726
6. Definición	726
7. Características	727
8. Naturaleza jurídica	729
9. Clases.....	731
10. Fundamento	733
11. Formas de adquisición del domicilio.....	736
12. Cambio de domicilio	737
13. Titulares.....	739
14. Principios fundamentales del domicilio	739
15. Instituciones afines	740
16. Actos lícitos contrarios	746

Índice general

17. Actos ilícitos contrarios	747
18. Base legal	747

2

Domicilio general

1. Domicilio real	749
2. Domicilio legal	752

3

Domicilio especial

1. Concepto	757
2. Denominación.....	758
3. Definición	758
4. Naturaleza jurídica	758
5. Clases.....	759
Bibliografía.....	762

SUBCAPÍTULO IX

Derecho de autor

1. Antecedentes históricos	769
2. Concepto	769
3. Denominación.....	770
4. Definición	770
5. Fundamento	770
6. Características	770
7. Titulares.....	771

8.	Naturaleza jurídica	771
9.	Contenido	772
10.	Clases.....	774
11.	Alcances y limitaciones.....	775
12.	Base legal	776
13.	Actos ilícitos contrarios	777
	Bibliografía.....	778

CAPÍTULO II

Protección jurídica del sujeto y defensa de sus derechos

1.	Generalidades	781
2.	Concepto	781
3.	Naturaleza jurídica	782
4.	Derecho de daños.....	783
	Bibliografía.....	797

TÍTULO CUARTO

CAPÍTULO I

Capacidad. Conceptos generales

1.	Nociones generales.....	803
2.	Concepto	803
3.	Denominación.....	804
4.	Características	804
5.	Clases.....	805
6.	Principios	805

CAPÍTULO II

Capacidad de goce

1.	Concepto	809
2.	Denominación.....	810
3.	Definición	810
4.	Características	811
5.	Naturaleza jurídica	811
6.	Legitimación y capacidad de goce.....	812
7.	¿Incapacidad de goce?	812

CAPÍTULO III

Capacidad de ejercicio

1.	Concepto	821
2.	Denominación.....	821
3.	Definición	822
4.	Características	823
5.	Clases.....	823
6.	Naturaleza jurídica	824
7.	Formas de adquisición.....	824
8.	Legitimación y capacidad de ejercicio.....	838
9.	Diferencias entre la capacidad de goce y de ejercicio	838

CAPÍTULO IV

Incapacidad

1.	Introducción	843
----	--------------------	-----

2.	Antecedentes	843
3.	Concepto	844
4.	Denominación.....	844
5.	Definición	845
6.	Características	845
7.	Naturaleza jurídica	848
8.	Principios	848
9.	Clases.....	848
10.	Proceso de interdicción	867
11.	Representación de los incapaces	869
12.	Incapacidad e invalidez del acto jurídico.....	869
	Anexo.....	871
	Bibliografía.....	872

TÍTULO QUINTO

CAPÍTULO I

Teoría general de la ausencia

Teoría general de la ausencia	881
-------------------------------------	-----

CAPÍTULO II

Desaparición

1.	Antecedentes normativos.....	887
2.	Concepto	887

Índice general

3.	Definición	888
4.	Características	888
5.	Naturaleza jurídica	889
6.	Fundamento	890
7.	Elementos	890
8.	Efectos	892
9.	Fin	896
10.	Tratamiento en el Código Civil.....	896
11.	Desaparición de personas vulnerables.....	897

CAPÍTULO III

Ausencia

1.	Antecedentes	901
2.	Etimología.....	902
3.	Concepto	902
4.	Denominación.....	903
5.	Definición	903
6.	Características	905
7.	Naturaleza jurídica	907
8.	Fundamento	907
9.	Elementos	908
10.	Efectos	908
11.	Fin	912
12.	Tratamiento de la ausencia en el Código.....	913

CAPÍTULO IV

Declaración de muerte presunta

1.	Antecedentes	917
2.	Denominación.....	917
3.	Concepto	918
4.	Definición	918
5.	Características	919
6.	Naturaleza jurídica	921
7.	Fundamento	923
8.	Elementos	923
9.	Inscripción	927
10.	Efectos	928
11.	Fin	929

CAPÍTULO V

Reconocimiento de existencia

1.	Concepto	933
2.	Definición	933
3.	Características	933
4.	Elementos	934
5.	Inscripción	934
6.	Efectos	934
	Bibliografía.....	940

TÍTULO SEXTO

CAPÍTULO I

Fin de la persona

1.	Generalidades	947
2.	Antecedentes	947
3.	Concepto	948
4.	Etimología.....	949
5.	Denominación.....	950
6.	Definición	951
7.	Características	951
8.	Naturaleza jurídica	952
9.	Determinación	953
10.	Clases.....	956
11.	Muerte aparente.....	959
12.	Efectos	960
13.	Base legal	967
	Bibliografía.....	972

CAPÍTULO II

Pluralidad de muertes

SUBCAPÍTULO I

Generalidades

1.	Introducción	979
2.	Antecedente y actualidad.....	980

3.	Naturaleza jurídica	980
4.	Casuística	981
5.	Presupuestos.....	982
6.	La moderna teoría. El retorno a la premorencia	983

SUBCAPÍTULO II

Teoría de la premorencia

1.	Antecedentes	987
2.	Etimología.....	987
3.	Concepto	987
4.	Denominación.....	988
5.	Definición	988
6.	Características	988
7.	Prueba.....	989
8.	Crítica.....	989
9.	Derecho comparado.....	989

SUBCAPÍTULO III

Teoría de la conmorencia

1.	Antecedentes	993
2.	Etimología.....	994
3.	Concepto	994
4.	Denominación.....	994
5.	Definición	994
6.	Ámbito de aplicación.....	994

Índice general

7. Características	996
8. Tratamiento normativo.....	996
9. Derecho comparado.....	997
10. Ejemplos	997
Bibliografía.....	1000
ANEXOS.....	1003
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	1039
ÍNDICE GENERAL	1077