

MARCIAL RUBIO CORREA

# EL SER HUMANO COMO PERSONA NATURAL



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1992



Este libro contiene un análisis exegético de los setenticinco primeros artículos del Código Civil y está destinado a profesionales y estudiantes especializados en Derecho. Cada artículo es estudiado en sí mismo y en su relación con otros artículos del Código. Especial desarrollo ha tenido la parte dedicada al derecho de disposición corporal, cuya evolución merced a los descubrimientos científicos es vertiginosa.

El autor, Marcial Rubio Correa, es profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú donde, en los últimos años, ha dictado la materia que corresponde a este libro. El profesor Rubio Correa fue Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad entre 1988 y 1990 y ha publicado varias obras sobre Derecho Civil en esta misma colección.

EL SER HUMANO COMO PERSONA NATURAL



Marcial Rubio Correa

# EL SER HUMANO COMO PERSONA NATURAL

BIBLIOTECA  
PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XII



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1992



Primera edición, julio de 1992. 2,000 ejemplares

*Cubierta:* Grabado de Honoré Daumier

El ser humano como persona natural  
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XII)

Copyright © 1992 por Fondo Editorial de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel. Lima, Perú. Tlfs: 626390, 622540, Anexo 220

*Derechos reservados*

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú — Printed in Peru

## INDICE

	Pág.
<b>PRESENTACION</b>	13.
<b>CAPITULO I: Principio de la persona.</b>	15.
Artículo 1.	17.
1. Concebido.	18.
2. Persona.	22.
3. Sujeto de Derecho.	25.
Artículo 2.	26.
<b>CAPITULO II: Derechos de la persona.</b>	29.
Artículo 3.	31.
Artículo 4.	33.
Artículo 5.	34.
Artículos 6 al 12.	38.
1. El marco general de trabajo sobre este tema.	40.
1.1. El derecho de disposición del cuerpo de la persona en vida.	41.

1.1.1.	Las partes del cuerpo.	44.
1.1.2.	La integridad del ser humano	46.
1.2.	Disposición del cadáver.	48.
2.	Los trasplantes de organos y tejidos.	51.
2.1.	Precisiones generales.	51.
2.1.1.	Conceptos esenciales.	51.
2.1.2.	Aspectos organizativos requeridos por la legislación para efectos de trasplantes.	52.
2.2.	Características de los trasplantes homoplásticos.	56.
2.2.1.	Autorización.	56.
2.2.2.	Subsidiariedad.	74.
2.2.3.	Certificación de compatibilidad.	75.
2.2.4.	Información a las personas involucradas.	76.
2.2.5.	Revocabilidad.	76.
2.2.6.	Buena salud del donante vivo.	77.
2.2.7.	Gratuidad.	78.
2.2.8.	Transplante a persona determinada.	80.
2.2.9.	Técnica aceptada y no experimental.	80.
2.2.10.	Capacitación profesional.	80.
2.2.11.	Infraestructura asistencial idónea.	81.
3.	Los riesgos en actividades deportivas o contractuales.	82.
4.	Investigación científica en seres humanos o con partes del cuerpo de seres humanos.	85.
4.1.	Disposición del cuerpo para la investigación científica.	85.
4.2.	Naturaleza de la investigación científica que se lleva a cabo.	86.
Artículo 13.		87.

Artículo 14.	90.
Artículo 15.	92.
Artículo 16.	98.
Artículo 17.	103.
Artículo 18.	110.

**CAPITULO III: Nombre.** 113.

Artículo 19.	115.
Artículo 20.	116.
Artículo 21.	116.
Artículo 22.	117.
Artículo 23.	118.
Artículo 24.	118.
Artículo 25.	119.
Artículo 26.	121.
Artículo 27.	124.
Artículo 28.	125.
Artículo 29.	126.
Artículo 30.	128.
Artículo 31.	128.
Artículo 32.	129.

**CAPITULO IV: Domicilio.** 131.

Artículo 33.	133.
Artículo 34.	135.
Artículo 35.	136.
Artículo 36.	137.
Artículo 37.	139.
Artículo 38.	140.
Artículo 39.	144.

Artículo 40.	145.
Artículo 41.	146.
<b>CAPITULO V. Capacidad e incapacidad de ejercicio.</b>	147.
Artículo 42.	152.
Artículo 43.	156.
Artículo 44.	162.
Artículo 45.	171.
Artículo 46.	172.
<b>CAPITULO VI: Ausencia.</b>	175.
1. Desaparición.	179.
Artículo 47.	179.
Artículo 48.	182.
2. Declaración de ausencia.	
Artículo 49.	183.
Artículo 50.	185.
Artículo 51.	186.
Artículo 52.	188.
Artículo 53.	188.
Artículo 54.	189.
Artículo 55.	199.
Artículo 56.	190.
Artículo 57.	191.
Artículo 58.	191.
Artículo 59.	193.
Artículo 60.	194.
<b>CAPITULO VII: Fin de la persona.</b>	197.
1. Muerte.	199.

Artículo 61.	199.
Artículo 62.	201.
2. Declaración de muerte presunta.	201.
Artículo 63.	201.
Artículo 64.	204.
Artículo 65.	205.
Artículo 66.	205.
3. Reconocimiento de existencia.	206.
Artículo 67.	206.
Artículo 68.	208.
Artículo 69.	209.

<b>CAPITULO VIII: Registros del estado civil.</b>	211.
Artículo 70.	213.
Artículo 71.	214.
Artículo 72.	215.
Artículo 73.	215.
Artículo 74.	216.
Artículo 75.	217.



## PRESENTACION

Este libro está destinado a los profesionales del Derecho y a quienes, en las Facultades de Derecho, llevan el curso de Persona Natural (generalmente, una parte del curso denominado Derecho Civil I). Decidimos elaborarlo luego de dictar varias veces el curso respectivo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las experiencias de dicho dictado han sido incorporadas en este texto.

Es un estudio de corte exegético de los primeros setenticinco artículos del Código Civil del Perú. En lo posible, comentamos dispositivo por dispositivo, uno tras otro. Hemos buscado correlacionar el comentario de estos numerales, con los que tienen que ver con ellos en otras partes del Código y, también, en otras leyes.

La parte referente a derechos a la vida, integridad corporal y disposición del cuerpo, ha sido extensamente desarrollada, y además de las normas del Código hemos tratado las normas sobre transplantes de órganos (leyes 23415 del 1 de junio de 1982 y 24703 del 19 de junio de 1987, así como su reglamento dictado por Decreto Supremo 014-88-SA del 19 de mayo de 1988).

Pando, Marzo de 1992.

Marcial Rubio Correa.



## CAPITULO I

### *PRINCIPIO DE LA PERSONA*



## Artículo 1.

*"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."*

El sentido de este artículo es decir que el ser humano es sujeto de derecho desde la concepción hasta la muerte. En este lapso el sujeto de derecho lo es de dos maneras: como concebido, entre la concepción y el nacimiento, y como persona, desde el nacimiento hasta la muerte. Es decir, el sujeto de derecho es un género que, en relación a los seres humanos, contiene dos especies: el concebido y la persona.

Podemos, así, darnos cuenta que en el primer párrafo hay una inversión de redacción. En realidad lo que quiere decir es que el sujeto de derecho es persona desde su nacimiento (pues antes ha sido concebido).

El artículo contiene cuatro normas que podemos enunciar de la siguiente manera:

- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. (Como hemos dicho, esto debe entenderse como «el sujeto de derecho es persona desde su nacimiento»).

- La vida humana comienza con la concepción.
- El concebido es sujeto de derecho para todo cuando le favorece.
- Si se trata de derechos patrimoniales, el concebido sólo los recibe si nace vivo.

En este artículo se hallan comprendidos varios conceptos que es preciso abordar. Ellos son:

- Concebido (y concepción)
- Persona (y nacimiento).
- Sujeto de derecho.

## 1. *CONCEBIDO*

El concebido es vida humana que aún no ha nacido pero que tiene existencia para el Derecho. La primera frase del segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil se encarga de hacer la precisión siguiente: «*La vida humana comienza con la concepción*».

En otras palabras, el ser humano es concebido desde la concepción hasta el nacimiento (momento en el que se convierte en persona). Resulta pues importantísimo saber cuál es el concepto de *concepción*.

Para esto tenemos que distinguir dos maneras de entender la concepción, que son complementarias entre sí y se explican por las urgencias de la vida real. Nos estamos refiriendo a la concepción como fenómeno biológico y a la concepción como concepto jurídico.

Como fenómeno biológico, la concepción es la unión del espermatozoide y el óvulo. En ese momento se ha producido el hecho que determinará, si todo marcha normalmente en adelante, que haya un ser humano más sobre la tierra. «Normalmente», es decir, hablando de promedios estadísticos generalmente aceptados, el nacimiento del ser humano se produce treintiséis semanas luego de la concepción. Esto quiere decir que la manera de saber cuándo fue concebido un infante, consiste en contar treintiséis semanas para atrás desde el día de su nacimiento.

Sin embargo, todos sabemos que este es un promedio estadístico y,

como tal, no expresa una realidad exactamente mensurable. En otras palabras, que hay individuos que nacen a las treinta y seis semanas de concebidos, pero otros nacen antes y otros después.

Para la biología y la medicina no resulta indispensable saber el momento exacto en el que el ser humano fue concebido. Sin embargo, para el Derecho sí es indispensable averiguarlo, desde que la concepción tiene consecuencias jurídicas: nace la vida humana y ese concebido adquiere derechos.

Por eso, el Derecho ha creado una ficción<sup>1</sup> para determinar la época de la concepción que dice: *La concepción se produce dentro de los primeros ciento veintidós días, de los trescientos anteriores al nacimiento.* Este enunciado no se halla expresamente establecido en ninguna norma del Código, pero puede ser fácilmente extraído de la integración de las normas existentes en los artículos 361, y 363 incisos 1 y 3 del Código Civil.

Es una ficción porque la concepción ocurrió en un momento preciso y no durante ciento veintidós días, pero tiene la razonabilidad de cubrir el nacimiento de un seismesino y el de un diezmesino. Según parece, la raza humana no puede nacer con vida antes del sexto mes ni después del décimo aunque, desde luego, debe haber alguna que otra excepción.

No hay que perder de vista que la Constitución del Estado, en el inciso 1 del artículo 2 dice: "*Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.*"

Por consiguiente, el que está por nacer tiene derechos. En esto tenemos que diferenciar los derechos patrimoniales de los no patrimoniales.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen contenido económico: propiedades, herencias, etc. Los derechos no patrimoniales son los que no pueden ser traducidos inmediatamente a valor económico: derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la integridad física, etc.

---

1 Una ficción en el Derecho es un hecho que no ha existido necesariamente en la realidad, que el Derecho define y al que le da consecuencias jurídicas. Desde luego, las ficciones se apoyan en argumentos razonables y tienen sentido práctico para solucionar situaciones que, de otra manera, sería imposible arreglar o, en todo caso, recibirían soluciones muy arbitrarias.

Los derechos no patrimoniales pertenecen al concebido desde la concepción y no pueden serle negados. Los derechos patrimoniales le serán atribuidos a condición de que nazca vivo. Es decir, que concebido un niño y teniendo eventualmente la posibilidad de adquirir un derecho patrimonial, la resolución final del destino de ese derecho se suspende hasta la época del nacimiento del concebido. Un ejemplo aclarará la cuestión (por demás, un ejemplo clásico que puede encontrarse en casi cualquier obra de Derecho):

Un varón y una mujer conciben un niño y el varón muere antes que el niño nazca. El fallecido es el padre del futuro niño y, por consiguiente, éste lo heredará. Pero como la herencia está conformada por derechos patrimoniales, entonces el procedimiento de declaratoria de herederos se definirá recién cuando el concebido nazca: si nace vivo tendrá derecho a la sucesión de su padre; si no, entonces no será contado entre los herederos. Esto, incidentalmente, puede ser muy importante por la siguiente razón: si el padre y la madre no estaban casados civilmente no se heredan uno al otro y, por consiguiente, la madre del niño no participará en la herencia del varón fallecido. Pero si el niño nace vivo y luego fallece (inclusivo pocos momentos después de nacido), la madre recibirá la herencia del fallecido en tanto madre del menor y por tanto, en calidad de heredera de su hijo.

Un asunto importante en lo referente al concebido es el que tiene que ver con el aborto. Sobre este tema hay diversas teorías hoy en día. Una es la que recoge nuestro Código y que indica la concepción como el momento inicial de la vida humana. Otras, señalan que en realidad el ser humano no puede ser considerado como tal sino en un momento determinado del desarrollo fetal que se sitúa alrededor del tercer mes de embarazo. Antes, se dice, es sólo un embrión. En consecuencia, sostienen estas teorías, el aborto producido antes del tercer mes no es privación de la vida humana y por tanto no tiene que ser sancionado.

El Código Civil peruano, al considerar que la vida humana comienza con la concepción, ha determinado al propio tiempo que el aborto en cualquier etapa del embarazo es privación de vida humana y, por consiguiente, del derecho a la vida. Podría parecer que el tema del aborto es asunto penal no civil, pero hay que tener en cuenta el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que dice: *"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".* Por consiguiente, el principio es que la regla de que la vida comienza con la concepción se aplica también al Derecho Penal. Por nuestra parte, no encontramos incompatibilidad de naturaleza entre la norma del Código Civil que comentamos, y el Derecho Penal.<sup>3</sup>

Finalmente, cabe decir que la protección al concebido es muy antigua en el Derecho. Ya en Roma el jurista Paulo había dicho:

*"El que está en el útero, se mira como ya nacido siempre que se trata de las cosas que le son favorables, aunque antes de nacer de ninguna manera aproveche a otro".* (D.1.5.7.)

Desde hace algunos años, la expresión «*el que está en el útero*» es ya insuficiente porque ahora puede haber fertilización humana artificial de múltiples formas, que incluyen hasta la fertilización en probeta. Aún en este último caso, ese embrión será una vida humana que merece todos sus derechos para el Código Civil del Perú.

- 
- 2 El problema jurídico y social del aborto es tema que sólo puede ser tratado integralmente en el ámbito del Derecho Penal y no corresponde a la materia que trabajamos. Sin embargo, no puede dejar de decirse al respecto lo siguiente: de un lado, que la iglesia Católica ha condenado de manera tajante la práctica del aborto como atentatoria contra la vida humana, y que en el Perú se ha optado por dicha posición, no sin haber tenido una larga discusión. La oportunidad fue la aprobación del nuevo Código Penal peruano en 1990.

De otro lado, el delito del aborto tal como se aplica en el Perú es verdaderamente odioso y discriminatorio. Aunque las cifras exactas no se conocerán nunca, estudios serios dicen que en Perú se producen entre 60,000 y 200,000 abortos delictivos por año. Al mismo tiempo, hay tesis que demuestran que en las cárceles no hay más de seis a diez personas simultáneamente acusadas o condenadas por aborto en Lima y, sin excepción, todas las encarceladas son mujeres (parteras pobres que practican el aborto y se les muere la paciente). Es rigurosamente cierto, con cifras en la mano, decir que en el Perú el delito de aborto está enderezado contra las mujeres pobres. Quitar la vida humana es éticamente condenable, pero no lo es mucho menos utilizar los delitos con criterio de clase y de discriminación social. Sería deseable que a la par de fijar posiciones de principio en la discusión, todos los que pronuncian en esta materia atendieron también a esta clamorosa injusticia de que sólo aparezcan condenadas mujeres pobres por este delito.

- 3 Ver sobre este tema el siguiente artículo: BOZA DIBOS, Beatriz... Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la "Reproducción Humana Asistida".- En: DERECHO.- Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, núm. 45, pp. 71 y siguiente.

## 2.- PERSONA

Persona, en el artículo 1 del Código Civil es el ser humano que ha nacido. No es el "hombre" porque esa forma de expresarse margina a la mujer, que hoy tiene derechos no menores que el varón de acuerdo al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución del Estado.

Sin embargo, la palabra *persona* ha sufrido una evolución en los últimos dos siglos al haberse reconocido también que las instituciones (asociaciones, fundaciones, comités, empresas, etc.) tienen carácter de *personas jurídicas*. Por lo tanto, el significado jurídico actual de la palabra *persona* incluye tanto a los seres humanos nacidos (llamados personas naturales) como a las instituciones (llamadas personas jurídicas).

En realidad, estimamos que es indistinto hablar de «ser humano» y de "persona natural" en el Derecho. Tal vez, inclusive, debiéramos preferir hablar del ser humano y reservar la palabra *persona* para determinadas situaciones técnicas muy precisas del Derecho. Abona a esto el que los derechos del ser humano en el ámbito internacional, y particularmente en el de Naciones Unidas, no se llaman "derechos de la persona" sino "derechos humanos".

La persona tiene personalidad jurídica. La *personalidad jurídica* es la atribución de la persona de tener deberes y derechos.

De esta manera, la *persona* es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos.

Si lo importante para el Derecho es el ser humano realmente existente, cada uno de nosotros deberá encontrar protección jurídica por el hecho simple y llano de ser un humano. Desde luego, para identificar a cada ser humano, los documentos que otorga el Estado son esenciales (partida de nacimiento, libreta electoral, documento de identidad, etc.). Pero estos documentos sólo tienen por finalidad identificar a la persona y carecer de ellos no puede ser equivalente a que al ser humano se le nieguen sus derechos. Desgraciadamente, eso ocurre muchas veces en la vida cotidiana.

En países como el Perú, cargados de violencia política y social, in-

cluidas las actitudes racistas, la importancia de identificar a la persona natural con el ser humano en sí mismo resulta fundamental para evitar arbitrariedades.

El ser humano tiene hoy una posición privilegiada en el Derecho, merced al gran desarrollo que han alcanzado los derechos humanos, particularmente en el foro de Naciones Unidas y sus organismos, a partir de la Declaración de 1948.

Los derechos humanos son derechos que la humanidad tiene por sí misma, sin que nadie se los tenga que atribuir (porque quien los atribuye los podría quitar y eso no es posible tratándose de derechos humanos). Cada ser humano participa de los derechos humanos por pertenecer a la raza humana y, por consiguiente, los encarna en sí mismo, teniendo el derecho a protegerlos mediante mecanismos jurídicos (los más conocidos pero no los únicos son el Habeas Corpus y el Amparo. También ver luego el artículo 17 del Código Civil).

Entonces, el ser humano o persona natural, es el individuo perteneciente a la raza humana que existe entre su nacimiento y su muerte y, en tanto tal, tiene reconocidos unos derechos que pertenecen a la humanidad misma, que son los derechos humanos. Correlativamente, el ser humano tiene también deberes y obligaciones en el Derecho, que iremos estudiando poco a poco.

Los derechos de la persona están contenidos en la Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en varios otros tratados sobre Derechos Humanos que le son complementarios, en la Constitución Política del Estado y en el Código Civil.

Es interesante reparar en que el artículo 3 de la Constitución peruana extiende los derechos del ser humano a las instituciones (personas jurídicas) con el siguiente texto: "*Artículo 3.- Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables.*"

Por eso decimos que la persona es la entidad jurídica capaz de ser sujeto de deberes y derechos, es decir, un eje de imputación jurídica de deberes y derechos. Uno de sus requisitos esenciales, en el caso de los seres humanos, es que el individuo haya nacido. Antes del nacimiento, el

humano será sujeto de derechos como concebido pero no será persona. (En el caso de las personas jurídicas, el requisito para su existencia es que se inscriban en un registro público, según consta en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución).

El nacimiento es el proceso biológico por el que el feto se separa del cuerpo materno adquiriendo vida corporalmente independiente. En la historia del Derecho ha habido muchas concepciones sobre el momento preciso en que se nace. Algunos han señalado que la independencia del feto se muestra en el momento en que se inician las contracciones de parto en la madre (aunque el niño no haya salido aún de su cuerpo), y otros que sólo se ha cumplido cabalmente el nacimiento con el corte del cordón umbilical (o, aún, con el alumbramiento de la placenta). Entre las primeras contracciones y el alumbramiento de la placenta pueden pasar pocos minutos o varias horas. Por consiguiente, es preciso tener una definición más exacta del momento del nacimiento. José León Barandiarán, refiriéndose al Código de 1936 pero en comentario perfectamente aplicable a éste de 1984 dice lo siguiente:

*"El nacimiento, pues, en buena cuenta es el hecho de que venga a separarse al recién parido del claustro materno siempre que aquél haya nacido con vida."*<sup>4</sup>

Esta separación del claustro materno se realiza cabalmente al cortarse el cordón umbilical, por lo cual ése será el momento del nacimiento.

Determinar el momento preciso del nacimiento es muy importante porque, como dice el propio artículo 1 que comentamos, al concebido se le atribuyen derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo. Luego de la cita de León Barandiarán, sabemos que el concebido tendrá que llegar vivo al corte del cordón umbilical para considerarse que *nació vivo*.

Como dato anecdótico, vale mirar lo que el primer Código Civil peruano (de 1852) decía respecto a los requisitos del nacimiento para que tenga validez jurídica:

---

4 LEON BARANDIRAN, José ... Curso Elemental de Derecho Civil Peuano.- Lima, Gráfica Morzom S.A., 1980.- 84.

"Código Civil peruano de 1852, 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."

El requisito de los seis meses de la concepción es correcto también para el estado actual de la ciencia, como vimos antes, aunque las normas actuales al respecto son más completas. El requisito de que una vez separado de su madre el niño viva cuando menos veinticuatro horas es lo que se conoce en la doctrina como *teoría de la viabilidad*. Esta teoría sostiene que el niño no sólo debe nacer vivo sino que debe demostrar que es viable, es decir, que puede sobrevivir. Para demostrar que puede sobrevivir, hay que tomar una medida arbitraria y la que se adoptó fue de veinticuatro horas de vida autónoma. El Código actual, como es obvio, no sigue ya la teoría de la viabilidad.

El requisito de *figura humana* es evidentemente un arcaísmo que no puede ser sostenido más en función de los actuales conocimientos de genética, y también en función a la consagración que han tenido los derechos humanos.

Hoy es humano y goza de derechos todo ser que haya nacido genéticamente de humanos, no importando ni sus capacidades, ni su aspecto externo. Hay que reconocer que en los últimos ciento cuarenta años hemos dado un salto enorme en este aspecto de la humanización (que por reducido no es poco significativo) del Derecho Civil.

Una última precisión: en adelante y en la medida que aquí nos ocupamos sólo de las personas naturales, identificaremos persona con ser humano salvo que se diga expresamente lo contrario.

### 3. SUJETO DE DERECHO

El concepto de *sujeto de derecho* es un género que incluye, en lo que a seres humanos se refiere, tanto al concebido como a la persona según puede verse del artículo 1 del Código Civil.

Por ello, su definición repite lo esencial de las que corresponden a concebido y persona: sujeto de derecho es aquél ser humano, o aquella institución, que puede tener derechos o deberes y derechos, jurídicamente hablando.

## Artículo 2

*"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."*

El reconocimiento judicial del embarazo o del parto consiste en pedir al juez que los compruebe de manera que quede prueba en documento público que realmente hubo embarazo, parto o los dos. La prueba se limitará al hecho del embarazo o del parto y no tendrá significación directa sobre aspectos de paternidad o de cualquier otra naturaleza.

El reconocimiento judicial del parto o del embarazo puede ser importante cuando hay, por ejemplo, derechos sucesorios pendientes de determinación, en los cuales podría tener beneficio el concebido de que se trate.

El concepto de *interés* en el nacimiento requiere ser precisado. Ante todo, hay que decir que este artículo es complementado por el artículo 2 inciso 4 del Decreto Legislativo 310 del 12 de noviembre de 1984 (que dicta normas procesales para el Código Civil):

*"Decreto Legislativo 310. Artículo 2.- Para la aplicación del artículo 2 del Código Civil, rigen las siguientes normas:*

(...)

4. *La solicitud será puesta en conocimiento de las personas cuyos derechos, a juicio del juez y de la interesada, puedan resultar afectados;*

(...)"

Estas normas, debidamente integradas a las del artículo 2 del Código Civil, indican que el interés de que se trata es de naturaleza particular y puede ser económico (por ejemplo asuntos de herencia) o moral (buena reputación, relaciones especiales pero de naturaleza jurídica entre la futura madre y el interesado como por ejemplo matrimonio o aún esponsales, etc).

Los intereses de que se trata no tienen que ser necesariamente ac-

tuales; pueden ser también expectaticios, como por ejemplo derechos sucesorios futuros, o ciertos derechos sujetos a condición (suspensiva o resolutoria) de que el niño nazca, etc. En síntesis, el interés por el que alguien es citado tiene que ver con la posibilidad de que sus derechos jurídicamente establecidos, o jurídicamente previsibles, queden afectados.

En este sentido, el término interés aquí usado, tiene la connotación del *legítimo interés* de que hablan otros artículos del Código, particularmente el artículo VI del Título Preliminar. Desde luego, tomando en cuenta aquí las dos normas antes transcritas, es evidente que la citación a la comprobación del parto o del embarazo debe hacerse a todos los interesados y no sólo a algunos de ellos para que representen a sus familiares. En la citación, por tanto, no se podría aplicar analógicamente el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.<sup>5</sup>

---

5 Hemos tratado este tema de manera más extensa en: RUBIO CORREA, Marcial ...*El interés subjetivo*. - En: VARIOS AUTORES *Tratado del Derecho Civil*. - Lima. Universidad de Lima, 1990. - Especialmente páginas 263 y 300 a 307.



## **CAPITULO II**

### ***DERECHOS DE LA PERSONA***



Los códigos civiles recogieron tradicionalmente varios de los derechos que corresponden al ser humano. Lo propio hace el Código Civil peruano actual. Sin embargo, a partir de 1948 se ha producido en el mundo una verdadera revolución en materia de derechos, al establecerse la Declaración de los Derechos Humanos. Naciones Unidas ha dado un gran impulso al desarrollo y mejor comprensión de los derechos humanos y se ha pugnado porque sean incorporados en las constituciones de los Estados.

Las últimas constituciones del mundo, y particularmente en América Latina, han participado de este proceso de desarrollo de los derechos humanos y hoy, el ser humano no puede ser ya jurídicamente entendido sólo a partir del Derecho Civil: además de las normas civiles, hay que conocer las constitucionales que se refieren a sus derechos.

Sin embargo, ciertos derechos han sido desarrollados en el Derecho Civil y pertenecen a sus fueros según opinión generalmente aceptada. En el título que tratamos ahora, el Código ha colocado los derechos de la personalidad. Iremos desarrollando su tratamiento conforme aparecen en los diversos artículos.

### *Artículo 3*

*"Artículo 3.- Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley."*

Dos son las normas de principio que trae este artículo:

- La primera, que toda persona tiene el goce de los derechos civiles. Esto alude a que los derechos civiles pertenecen al ser humano, se encarnan en cada uno de nosotros, y por consiguiente no pertenecen sólo a ciertos humanos discriminando a otros.

En tiempos pasados (y no tan lejanos como pudiera parecer), no todos teníamos el goce de los derechos civiles. Por ejemplo, las mujeres tenían restringidos varios de los derechos que sí pertenecían a los varones; algunos códigos establecieron que los derechos civiles sólo eran reconocidos a sus nacionales y no a ciudadanos de otros países; también hubo (hoy casi han desaparecido en el mundo), discriminaciones en función de diversos criterios, particularmente la raza.

La segunda norma establece que puede haber excepciones a la regla de que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, pero estas excepciones deben ser expresamente establecidas en la ley. Desde luego, la ley puede establecer restricciones en el acceso a los derechos pero, en esta materia, habrá que tener mucho cuidado con tres cosas: la primera, el derecho a igualdad sin discriminaciones que establece el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; la segunda, que las leyes no restrinjan normas sobre derechos de la Constitución porque en ese caso serían inconstitucionales; y, la tercera, recordar que el artículo IV del Título Preliminar dice que *"la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía"*.

El artículo 3 se refiere a los *derechos civiles* y quiere dar a entender por ellos a los derechos establecidos en el Código Civil. Sin embargo, somos de la opinión que estas clasificaciones deben ser eliminadas en virtud de que todos son derechos humanos, que se ejercitan en sociedad. En efecto, la Constitución en su artículo 2 empieza diciendo: *"Toda persona tiene derecho"* sin hacer distinciones entre distintos tipos de derechos. Es una posición más coherente con el actual grado de evolución de los derechos humanos y con la concepción de nuestra propia Constitución vigente.

#### *Artículo 4*

*"Artículo 4.- El varón y la mujer igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles".*

La igualdad jurídica de los sexos no había sido expresamente declarada hasta la Constitución de 1979. Las constituciones anteriores habían establecido la igualdad de todos frente a la ley, pero obviamente eso no incluyó "entre todos" a las mujeres. En las normas de Derecho público un buen ejemplo es que recién en 1956 fue reconocido el voto universal femenino en el Perú.

En el ámbito de los derechos civiles el problema era aún mucho más grave y, particularmente, cuando se trataba de la mujer casada: tenía restricciones para trabajar fuera del hogar; estaba sometida en muchos aspectos de la vida cotidiana a la decisión del marido; debía habitar donde el marido decidiera, etc.

Aun cuando la Constitución entró en plena vigencia el 28 de Julio de 1980, esas normas siguieron rigiendo formalmente, y eran leídas en cada uno de los matrimonios civiles que se realizaba, hasta que fueron definitivamente derogadas por el Código vigente.

En realidad, este artículo cumple la función de norma hermenéutica, es decir, de principio en base al cual deben interpretarse todas las demás normas de derechos civiles: en caso de duda sobre el mandato de alguna disposición, ella deberá ser interpretada bajo el principio de que varón y mujer tienen igual capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles.

Este artículo 4 está emparentado directamente con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que dice:

*"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

*(...)*

- 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.*

*El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.*

(...)"

Comparando este dispositivo constitucional con el artículo 3 del Código Civil, podemos decir que de los derechos atribuidos a varón y mujer, ambos tienen igual capacidad de goce y de ejercicio (ver después qué es capacidad de goce y de ejercicio); pero al mismo tiempo hay que señalar que según la parte final de la norma constitucional, la mujer podrá eventualmente tener derechos mayores que el varón, desde que el mandato es que no sean menores a los de éste.

Rectamente entendido, entonces, el artículo 3 del Código Civil no busca (ni podría buscar) una igualación de derechos que sería inconstitucional, sino que declara una igualdad de capacidad. Esto último es correcto.

#### **Artículo 5**

*"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."*

Este artículo introduce tres principios de Derecho en referencia a los derechos inherentes a la persona humana:

- Son irrenunciables, es decir, el ser humano no puede perderlos por voluntad propia, aunque ese fuera su deseo.
- No pueden ser objeto de cesión, es decir, que el ser humano es el detentador de esos derechos y no puede transferir la decisión sobre ellos a terceras personas.
- El ejercicio de estos derechos no puede sufrir limitación voluntaria, a excepción de las circunstancias que se prevé en el artículo 6. En cualquier caso, como veremos, las excepciones a la regla general dependen exclusivamente de la persona cuyos derechos están en cuestión. Aquí no intervienen ni representantes ni terceros que puedan decidir por el ser humano mismo.

El Código enumera algunos derechos considerados en este régimen normativo:

- los derechos a la vida y a la integridad física (también considerados en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución). Sobre el derecho a la vida no hace falta explicación general porque se comprende perfectamente. Sólo queda decir que es no sólo un derecho, sino que es también irrenunciable y que por consiguiente la vida no puede ser eliminada voluntariamente. Por tanto, están excluidos de la validez jurídica tanto el suicidio, como las formas de eutanasia. Fernández Sessarego distingue entre eutanasia activa (matar) y pasiva (dejar morir). En su criterio ambas son prohibidas por el derecho a la vida <sup>6</sup>.

El Derecho a la integridad física da al ser humano el derecho de conservar intacta su estructura anatómica, funcional y su salud en general. Del significado de todos estos conceptos tratamos más detalladamente al estudiar los artículos 6 al 10 inmediatamente después.

- La libertad. La definición más comprehensiva de la libertad desde el punto de vista jurídico se halla en el literal a) del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución que dice: «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*». En realidad, la libertad se trata ahora bajo forma de «libertades» específicas. La Constitución contiene las siguientes:
  - a. libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2 inciso 2);
  - b. de conciencia y religión (artículo 2 inciso 3);
  - c. de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2 inciso 4);
  - d. de creación intelectual, artística y científica (artículo 2 inciso 6);
  - e. de elegir el lugar de residencia y de transitar (artículo 2 inciso 9);

---

6 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos ... Derecho de las personas.- Lima, Librería Studium editores, 1986.-pp. 40-41.

- f. de asociación (artículo 2 inciso 11);
- g. de contratar con fines lícitos (artículo 2 inciso 12);
- h. de trabajo (artículo 2 inciso 13);
- i. todo el ámbito de la libertad y la seguridad combinadas en diversas normas que se hallan en los literales del inciso 20 del artículo 2 de la Constitución.
- j. libertad de enseñanza (artículo 21);
- k. de cátedra (artículo 31);
- l. de sindicalización (artículo 51);
- m. de comunicación internacional (artículo 98);
- n. de iniciativa privada dentro de una economía social de mercado (artículo 115);
- o. de comercio e industria (artículo 131); y,
- p. algo que el artículo 293 de la Constitución llama «libertad electoral» y que probablemente se refiere al voto libre del que trata también el artículo 65 de la Constitución.

- El derecho al honor (mencionado en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución). El honor es la autoestima de la persona y es lesionado cuando se agravia dicha autoimagen. Vulgarmente, se piensa que el honor es el buen concepto que los demás tienen de la persona pero eso, en realidad, se denomina buena reputación en el Derecho.

El Código es poco riguroso al tratar el tema de los derechos inherentes a la persona humana porque el texto de su artículo 5 deja abierta la discusión de cuáles son los no mencionados pero a los que se les aplica este régimen. El asunto no es tan fácil de resolver como parece.

Si revisamos el artículo 2 de la Constitución, encontraremos varios

derechos que podrían ser considerados *inherentes a la persona humana* pero a los que difícilmente se puede aplicar plenamente las consecuencias que prevé el artículo 5 del Código Civil. Veamos:

- El derecho a un nombre propio (Constitución, artículo 2 inciso 1).
- El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (Constitución, artículo 2 inciso 1) que consiste en la más amplia libertad de cada ser humano para desarrollar su vida según sus aptitudes y preferencias en un ambiente sano y proclive a su desarrollo personal.
- El derecho de igualdad ante la ley, sin discriminación (Constitución, artículo 2 inciso 2).
- El derecho a la buena reputación (Constitución, art. 2 inciso 5). La buena reputación es la imagen positiva que los demás tienen de cada ser humano. Este derecho se vulnera cuando se agravia dicha buena imagen, por ejemplo, a través del chisme o de la difamación en general. La buena reputación es agraviada aún cuando los hechos que se divulguen sean ciertos. El ejemplo típico es el de mostrar que alguien se dedica a la prostitución clandestinamente cuando, en su vida cotidiana, no da signos de tal actividad. Aunque en efecto la persona ejerza la prostitución, por su buena reputación está prohibido hacerlo público. Por supuesto, hay excepciones en ciertos casos como, por ejemplo, para esclarecer asuntos de naturaleza penal o similares. Pero la regla general es la antedicha.
- El derecho a la intimidad personal y familiar (Constitución, art. 2 inciso 5). Este derecho apunta a mantener la reserva de hechos de la vida individual del sujeto, o de su entorno familiar. Ver el comentario al artículo 14 poco después.
- El derecho a la propia imagen (Constitución, artículo 2 inciso 5). La propia imagen es el conjunto de rasgos que identifican físicamente a una persona. Ver el comentario al artículo 15.
- El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones (Constitución, artículo 2 inciso 17).<sup>7</sup>

---

7 Somos conscientes que esta enumeración es polémica, tanto por los derechos incluidos

Es curioso constatar que a ninguno de estos derechos puede aplicársele el artículo 6 del Código Civil en vía de limitación voluntaria porque sencillamente la propia naturaleza de cada uno de ellos lo impide. El artículo 6 del Código Civil está enderezado a las limitaciones de los derechos sobre el propio cuerpo, que tienen vinculación principalmente con el derecho a la vida y el de integridad física.

De otro lado, el propio Código Civil establece que el consentimiento de la persona puede hacer renuncia de ciertos derechos evidentemente inherentes a la persona como por ejemplo la intimidad de la vida personal o familiar (Código Civil, artículo 14), o el derecho a la imagen (artículo 15 del Código Civil).

Frente a estas constataciones, es obvio que el artículo 5 del Código Civil es deficiente. Los principios de irrenunciabilidad y de no cesión son efectivamente aplicables a la vida, la integridad física, la libertad y el honor. También lo son, en nuestro criterio, al derecho a un nombre propio; al libre desenvolvimiento de la personalidad y al de igualdad ante la ley, sin discriminación. Pero no son aplicables a los demás.

Por su parte, el artículo 6 del Código Civil sólo es aplicable a los derechos a la vida y a la integridad física. Ni siquiera es aplicable a la libertad o al honor.

Es en los términos de los dos artículos anteriores en los que consideramos debe entenderse los alcances del artículo 5 del Código Civil.

### *Artículos 6 al 12*

Aunque en este trabajo pretendemos comentar los artículos del Código uno por uno, en el caso de los numerales sexto al décimo, es preciso hacer un abordaje primero integral y luego individual de cada artículo (a su vez, en concordancia con el artículo 5) porque, de un lado, tratan todos el mismo tema y, de otro lado, consideramos que la normatividad existente en el Código Civil a este respecto es confusa y lleva a conflic-

---

en ella, como por algunos que no figuran. En todo caso, nuestra intención es señalar los que a nuestro juicio forman parte de los "demás derechos inherentes a la persona" de que hablan en genérico el artículo 5 del Código Civil, y propiciar la discusión aún no abierta en las publicaciones especializadas que comentan el Código.

tos serios de interpretación. Este asunto se complica más aún si tomamos en cuenta las normas específicas sobre donación y transplante de órganos que existen en nuestro medio.

*"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."*

*"Artículo 7.- La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante."*

*"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.*

*La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro."*

*"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.*

*La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna."*

*"Artículo 10.- El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste 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 éstos, 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."*

*"Artículo 11.- Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a un examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual."*

*"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."*

## **1. EL MARCO GENERAL DE TRABAJO SOBRE ESTE TEMA.<sup>8</sup>**

Estamos aquí ante lo que se denomina en la teoría los derechos *a la disposición del cuerpo* (de un ser humano en vida) y *al cadáver* (restos físicos corporales de quien fue ser humano y falleció). Ambos pertenecen a los *derechos de la personalidad*.

Los *derechos de la personalidad* son derechos humanos que pertenecen a la esfera individual de la persona y se centran en ella misma. Son privativos del individuo, intransmisibles e imposibles de compartir. Son derechos que se han desarrollado en el Derecho Civil como emanaciones de la personalidad individual. En realidad, la doctrina ha discutido si son derechos o si son parte integrante de la personalidad.

La posición finalmente predominante dice lo primero, es decir, que jurídicamente al menos, son derechos del ser humano, que emergen de su individualidad y también pertenecen a ella. Desde luego, no hay derechos que no sean sociales pues, ahí donde no hay sociedad sino un solo humano sin contacto con los demás de su especie, no hay sociedad ni tampoco hay Derecho. Pero lo que queremos significar aquí es que mientras ciertos derechos sólo pueden verificarse al actuar en conjunto con otros (reunión, asociación, contratación, etc.), es connatural a los derechos de la personalidad centrarse en el individuo mismo.

---

<sup>8</sup> Muchos de los contenidos de esta parte han sido trabajados en base a las ideas expuestas en el siguiente trabajo: Bergoglio, María Teresa y Bertoldi, María Virginia... *Trasplantes de órganos*.- Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1983.

Los derechos de la personalidad son subdivididos en dos ámbitos:

- Los que pertenecen al sector físico de la personalidad: derecho a la vida, a la integridad física, a la disposición del cuerpo y al cadáver; y,
- Los derechos que pertenecen al sector incorporal de la personalidad: derecho a la propia individualidad, a la imagen, a la intimidad, al honor, varias de las libertades, igualdad ante la ley, reserva de convicciones, al nombre propio, etc.

Puede verse, así, que en los artículos 6 al 12 estamos tratando con los derechos que se concretan al sector físico de la personalidad.

Para el desarrollo del marco general de esta problemática, conviene distinguir entre disposición del cuerpo de una persona en vida y disposición de un cadáver.

### *1.1.- El derecho de disposición del cuerpo de la persona en vida.*

El derecho de disposición del cuerpo está referido a varias circunstancias diferentes entre sí. Las principales son:

- Disposición de partes del cuerpo humano tales como cabellos, leche materna (a través del amamantamiento de niños de terceras personas), sangre, etc., que no suponen el transplante de órganos o tejidos.
- La problemática de los trasplantes de órganos y tejidos que supone dos aspectos:
  - a. Disposición de partes del cuerpo para transplante (que supone la *ablación* (separación) de órganos del donador.
  - b. Disposición del cuerpo en el receptor para el *implante*.

Obviamente, la ablación y el implante son dos problemas distintos en el Derecho, aunque relacionados por la fuerza de las cosas.

- La asunción de riesgos en actividades deportivas o laborales especialmente peligrosas.

- La investigación científica en seres humanos o con partes del cuerpo de seres humanos.

El derecho de disposición del cuerpo, se refiere entonces a la posibilidad de que el ser humano se desprenda de partes de su cuerpo físico, con la finalidad de transferirlas, de intervenir en un proceso de trasplante, de realizar labores peligrosas, o de colaborar a la investigación científica con material humano o con todo su cuerpo.

En este sentido, el derecho de disposición del cuerpo tiene un contenido positivo, que está dado por la facultad real de utilizar el propio cuerpo para estas situaciones antes descritas. Desde luego, el derecho de disposición del cuerpo es subordinado a otros derechos superiores a él como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y el derecho a la salud.

Esto quiere decir que la regla general es que la disposición del propio cuerpo está jurídicamente aceptada, cuando no vulnera la vida, la integridad corporal o la salud. Desde luego, existen excepciones y matices que debemos tratar uno por uno, con todas sus implicancias teóricas. Lo que sí es evidente, es que el derecho a la disposición del propio cuerpo es distinto de los derechos a la vida y a la salud integral y no puede ser confundido con ellos.

El presupuesto de todo este tema es el derecho a la vida, en la medida que sólo la vida hace posible la existencia de los demás derechos. Dicen María Teresa Bergoglio y María Virginia Bertoldi:

*"Es un propio derecho «a la vida» y no «sobre la vida», distinción que no es meramente terminológica sino que alude a la esencia y alcance mismo de este derecho. Si bien existe un derecho a la vida se da también el deber correlativo de conservarla. De la existencia de este derecho innato no puede derivarse un poder omnímodo y soberano sino que, por el contrario, su reconocimiento exige la fijación de límites. Como todo derecho, supone el ejercicio de una actividad lícita que no contraría el fin supremo del hombre y los deberes que guarda con Dios y la sociedad." 9*

9 Bergoglio, María Teresa y Bertoldi, María Virginia ... *Trasplantes de órganos*. - Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1983.- p. 21.

También, y en medida relativa, la integridad corporal es presupuesto del derecho de disposición del cuerpo.

La normatividad del Código Civil, como hemos visto, dice lo siguiente respecto de la disposición del cuerpo:

1. Parte de considerar que los derechos a la vida y a la integridad física son irrenunciables. Como hemos dicho al comentar el artículo 5, esto significa que no pueden ser vulnerados ni aún por voluntad expresa del titular. Son derechos pero, en este sentido, también son deberes. (Esta norma pertenece al artículo 5 del Código Civil).
2. Dichos derechos tampoco pueden ser objeto de cesión, es decir, que deben ser ejercidos por el mismo titular. Son derechos de ejercicio personalísimo y ni siquiera los representantes pueden utilizarlos por sus representados. (Norma perteneciente al artículo 5 del Código Civil).
3. Sin embargo, se admite que la voluntad del detentador de los derechos pueda limitarlos (no eliminarlos o reducirlos significativamente). Pero esta limitación está sujeta a ciertas reglas. (Norma del artículo 5 del Código Civil).

En términos generales (no normativos aún), la vida puede ser limitada reduciendo su duración (obviamente, la muerte no es limitación de la vida sino su eliminación). La integridad física puede ser limitada privándose de partes del cuerpo, las que pueden tener mayor o menor significación en términos anatómicos, funcionales o de salud integral.

En materia de integridad corporal, además, es preciso hacer varios deslindes. Dos son importantes: la clasificación de las partes del cuerpo, y las teorías de la integridad anatómica, la integridad funcional y la salud integral.

Abordaremos estos temas sucesivamente pero antes es preciso hacer una breve digresión terminológica: cuando se habla de disposición del cuerpo se menciona tres conceptos sobre lo que se puede disponer: tejidos, órganos y partes del cuerpo.

Los *tejidos* son una reunión de células homogéneas que desempeñan una misma función. Existen siete tejidos básicos: epitelial, conjuntivo, cartilaginoso, óseo, sanguíneo, muscular y nervioso.

Los *órganos* son asociaciones de tejidos que adoptan una forma definida y una función determinada en el organismo: corazón, riñón, pulmón, etc.

Las *partes del cuerpo* significan una variada y disímil gama de elementos en la medida que una parte del cuerpo es cualquier porción de él que pueda ser separada. Así será parte una uña, un dedo, una mano o una extremidad superior. En realidad, el concepto parte del cuerpo es un género que incluye cualquier posibilidad de disposición por el ser humano o a partir del cadáver. En adelante, hablaremos en género de las partes del cuerpo, salvo cuando hagamos precisión sobre tejidos u órganos.

#### 1.1.1.- *Las partes del cuerpo*

Desde el punto de vista jurídico, podemos clasificar las partes del cuerpo en base a dos variables: renovación y separación. La separación puede subdividirse en dos circunstancias de hecho: parte ya separada o parte no separada aún. Caben varias posibilidades:

- Parte renovable y separable no separada: Es el caso del cabello en la cabeza, de las uñas en los dedos, o del material genético dentro del cuerpo (óvulo dentro de la mujer, o esperma dentro del varón).

La disposición de cualquiera de estas partes en esta situación no afecta gravemente la integridad anatómica de la persona en la medida que son renovables y separables, pero sí afecta la libertad y, dado el caso, la salud (el caso más grave sería la extracción del óvulo femenino).

- Parte renovable y separable ya separada: es el caso del cabello o las uñas cortadas, o del material genético fuera del cuerpo. En estos casos, el Derecho acepta como regla general que estas partes son cosas que pertenecen originariamente a quien las tuvo en su cuerpo. Como cosas ya separadas (y que por lo tanto no integran su cuerpo), puede disponer de ellas sin afectar ninguno de sus derechos humanos.

- Parte renovable no separable: es el caso del estómago o del hígado. El cuerpo humano puede regenerar a ambos órganos, pero si son totalmente extirpados el ser humano muere. En estos casos, la ablación del órgano conduce a la muerte y por consiguiente se está atentando contra la vida humana. Estas disposiciones del cuerpo están prohibidas por la doctrina, al margen de que puedan ser o no útiles a la investigación o la técnica de transplantes.
- Parte no renovable, no separable: es el caso del corazón. Está prohibida en vida porque conduce a la privación de este derecho.
- Parte no renovable, separable: Es el caso de uno de los dos riñones, que puede ser extirpado sin causar la muerte, pero de manera tal que no puede ser regenerado por el organismo. Es una circunstancia que no está proscrita por la doctrina, pero en este caso hay que atender a otras consideraciones que son las de la integridad anatómica, funcional o salud integral.

Luego de esta enumeración, se puede muy fácilmente llegar a la definición de cada una de las variables:

*Parte renovable* es aquella que puede ser regenerada por el organismo humano en vida.

*Parte no renovable* es aquella que no puede ser regenerada por el organismo humano en vida.

*Parte separable* es aquella que puede ser separada del cuerpo humano sin comprometer la vida.

*Parte no separable* es la que al ser separada del cuerpo, produce la muerte del ser humano.

*Parte separable separada* es un asunto de hecho que consiste en que la parte separable no esté ya unida al cuerpo que le dió origen.

*Parte separable no separada* es un asunto de hecho que consiste en que la parte separable aún forme parte del cuerpo que le dio origen y, por consiguiente, se presenta el problema de que separarla puede significar afectar la libertad física del sujeto.

### 1.1.2.- *La integridad del ser humano*

La integridad a defender en el ser humano puede ser vista desde tres ángulos bastante distintos entre sí y, en cierta medida, excluyentes. Veámoslos.

La *integridad anatómica* consiste en proteger óptimamente la integridad corporal del ser humano. La integridad anatómica es más cabalmente lograda como protección, cuando el sujeto muere sin que le haya sido extirpada artificialmente una sola parte de su cuerpo. En el concepto de protección de la integridad anatómica, sólo puede disponerse de las partes separables del cuerpo humano.

La *integridad funcional* sostiene que hay que proteger la funcionalidad del cuerpo humano. La integridad funcional habrá sido cabalmente protegida si a la muerte del sujeto, su cuerpo seguía cumpliendo las mismas funciones que al nacer (salvo, desde luego, las funciones perdidas naturalmente con el transcurso del tiempo). De esta manera, y como regla general, separar un pulmón, un riñón o un pedazo de cabello no afecta la funcionalidad del cuerpo humano, sean estas partes renovables o no renovables.

En cambio, extirpar un ojo afecta la integridad funcional pues, si bien se continua viendo, se pierde la mirada estereoscópica, es decir, en tercera dimensión, que es una función sóloamente realizable con los dos ojos debidamente coordinados.

Finalmente, está la concepción de la *salud integral* que indica que la protección no debe ser sólo anatómica o funcional, sino que debe atender a los aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales como un todo. Así, probablemente, una persona que done uno de sus pulmones en vida afectará su salud integral pues, aún cuando pueda respirar, lo hará con mayores limitaciones que si tuviera dos pulmones. A la inversa, es probable que se admitiera la donación a un gemelo que necesita dicho órgano de vida o muerte porque, de no producirse la donación, el sobreviviente cargaría la terrible culpa sobre su vida, de no haber permitido que su gemelo sobreviviera. El tema de la salud integral posa aspectos emocionales y valorativos de tremenda importancia sobre el problema que tenemos entre manos.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la concepción de la salud integral es la más evolucionada y más humana (aunque no en realidad la más precisa de las tres en discusión), la regla general doctrinaria será que la disposición de partes de cuerpo que debe ser más favorecida es aquella en la cual no se afecta ni la salud integral ni la salud funcional de la persona (aunque sí, evidentemente la salud anatómica) mediante la disposición de partes renovables, separables, separadas.

El artículo 6 del Reglamento de la legislación sobre transplantes, Decreto Supremo 014-88-SA, muestra una clara inclinación por la idea de la salud integral al decir:

*"Los establecimientos de salud donde se realicen transplantes de órganos o injertos de tejidos contarán con psicólogos y psiquiatras que evalúen a los pacientes antes y después de las operaciones. Sus recomendaciones formuladas por escrito, deberán ser atendidas por el Comité de Transplantes de Organos."*

También el artículo 10 del mismo Decreto al decir:

*"En los casos de donación entre vivos, el médico que autoriza la extracción certificará que para el donante ella no significará riesgo para el normal desenvolvimiento de su vida, sin que ello suponga garantizar con absoluta certeza el que pueda ser o no un factor de déficit funcional."*

Sin embargo, el propio D.S. 014-88-SA defiende también la integridad funcional en el inciso e) de su Artículo 15.

La hipótesis en la cual la disposición del cuerpo no puede ser aceptada según cánones formales, es aquella en la que la cesión será de un órgano no renovable, no separable.

En este sentido, el reglamento de la legislación de transplantes, Decreto Supremo 014-88-SA sólo permite la ablación de órganos múltiples o tejidos regenerables:

*"Artículo 14.- El injerto o transplante entre vivos sólo puede realizarse:*

- a. *Con órganos que por existir múltiples en el organismo no comprometen la vida del donante.*
- b. *Con tejidos que por su naturaleza sean regenerables o restituyibles.*

(...)"

## *1.2.- Disposición del cadáver*

La muerte pone fin a la persona dice el artículo 61 del Código Civil y, por consiguiente, el cadáver no es un ser humano sino un resto físico de él. En este sentido, no intervienen ni el derecho a la vida ni la integridad, en cualquiera de sus formas, como elemento definitorio de las situaciones.

En otras palabras, del cadáver se puede disponer sin afectar derechos humanos porque no hay ser humano en él. Las ataduras formales, desde luego, sí permanecen porque los restos humanos merecen especial respeto.

El artículo 2 de la ley 23415 regula el régimen jurídico de los restos mortales de la persona:

*"Al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho, se conservan y respetan de acuerdo a ley.*

*Pueden usarse en defensa y cuidado de la salud de otras personas, según lo establecido por esta ley."*

A continuación, el artículo 3 de la ley 23415 establece que *"Todo órgano o tejido de un cadáver puede ser utilizado para la prolongación o conservación de la vida humana o con fines de investigación científica."*

Dos cosas nos interesa analizar de estas disposiciones: la naturaleza correspondiente al objeto material denominado cadáver en el Derecho; y, las finalidades para las que se puede disponer del cadáver.

1. La primera parte del artículo 2 de la Ley 23415 determina la naturaleza de los restos mortales de la persona humana.

Dos precisiones sobre estas normas:

- En primer lugar, dice que se convierten en objeto de derecho. Esta expresión equivale a decir que sobre el cadáver y sus partes integrantes se puede establecer ciertos derechos.
- Sin embargo, al propio tiempo, establece que los restos humanos se conservan y respetan de acuerdo a ley, lo que quiere decir que no pasan a ser simplemente cosas, sino que debe guardarse respeto frente a ellos.

Esta norma tiene que ser concordada con otras ya vistas o anunciadas en el Código Civil. Particularmente con el artículo 8 según el cual la primera decisión sobre el cadáver corresponde a la persona cuyo cuerpo es en vida y, si no hubo voluntad expresada por ella, a su cónyuge o sus parientes más cercanos en prioridades excluyentes (artículo 13 del Código Civil).

Esta norma debe también ser correlacionada con el artículo 22 del reglamento (Decreto Supremo 014-88-SA) que dice:

*"Artículo 22.- Por el hecho de la muerte, la persona que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto especial digno de respeto y piedad.*

*El cadáver es un objeto especial en cuanto carece 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 comparada."*

También es importante respecto de esto en el reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 31.- 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."*

Es evidente que el reglamento, de manera armónica con la ley, establece que el cadáver es objeto de derecho digno de respeto; que no tiene significado económico-patrimonial y que no es similar a ninguno de los otros bienes conocidos en el Derecho. Se debate en doctrina a quién pertenece el cadáver. En realidad, nuestra legislación no da «propiedad» sobre el cadáver a nadie (). El segundo párrafo del artículo 22 del D.S. 014-88-SA antes transcrito parece dar una explicación razonable para esto: el cadáver es diferente a todos los demás objetos y no tiene significado económico-patrimonial; por ello no habrá «derechos» sobre él, ni menos propiedad. Simplemente, en esto hay que tener en cuenta que la decisión sobre el cadáver pertenece, como se ha visto, en primer lugar a la persona cuyo cuerpo fue (si a caso manifestó decisiones antes de su muerte) o a los parientes (artículo 13 del Código Civil).

2. En lo que se refiere a las finalidades con las que puede ser utilizado el cadáver, el artículo 2 de la Ley 23415 señala que la disposición puede ser para «*defensa y cuidado de la salud de otras personas*» en tanto que el artículo 3 de la misma ley dice «*para la prolongación o conservación de la vida humana o con fines de investigación científica.*»

Defecto éste de técnica legislativa por dos razones. La primera, porque se establece la misma norma con dos redacciones diferentes. La segunda, porque el Código Civil, en su artículo 8, habla de utilizar los restos humanos para «*fines de interés social o para la prolongación de la vida humana*».

Más allá de los problemas terminológicos que presentan estas redacciones, es evidente que las partes de los cadáveres pueden servir tanto para trasplante a otros seres humanos, como para fines de investigación y enseñanza científica (que indudablemente, es a lo que se refiere el artículo 8 del Código Civil con el eufemismo de «*fines de interés social*»). Esto, en nuestro criterio, es correcto.

Por lo demás, el artículo 2 del Reglamento establece lo siguiente a propósito del tema del interés (social o público, interminable discusión en el Derecho) y de la investigación:

*"Es de interés público toda actividad médica relacionada con la investigación, obtención, donación, procesamiento y suministro de órganos, tejidos y sus componentes y derivados para fines de injerto de tejidos, trasplante de órganos y otras finalidades terapéuticas y científicas.»* La importancia de la investigación científica en la materia, queda clara a partir del texto de este artículo.

Las regla general sobre la disposición del cadáver es que tal decisión corresponde, en vida, a la persona cuyo cuerpo será cadáver a su muerte. Cómo hacerlo es un problema técnico al que nos referimos luego.

Sin embargo, suponiendo que la persona no haya expresado decisión alguna, entonces los llamados a solucionar la situación deben ser los parientes más cercanos del fallecido, salvo que no sea posible consultarlos, en cuyo caso será el médico que atiende al cadáver, o el jefe del centro hospitalario o asistencial respectivo. A ello nos referimos también posteriormente.

## 2.- LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS

El trasplante es la sustitución de una parte del cuerpo humano por otra extraída de otro cuerpo humano o animal, y que cumple las mismas funciones que la sustituida.

### 2.1. Precisiones generales.-

#### 2.1.1.- Conceptos esenciales.

Existen dos grandes tipos de trasplantes en relación a los posibles suministradores del material a transplantar: uno es el *trasplante homoplástico* que es realizado entre individuos de la especie humana y, el otro, es el *hétero trasplante*, que es aquel en el que el material de trasplante proviene de especie no humana. En adelante, nos referimos exclusivamente al trasplante homoplástico que, desde luego, es el más complejo para el Derecho.

En materia de trasplante de órganos tiene que ver parte de lo que hemos discutido inmediatamente antes, pero el análisis de este problema supone siempre dos aspectos:

- El de la *ablación* del órgano, tejido o parte del cuerpo que se extrae del donante si está vivo, o de un cadáver.
- El del *implante* en el cuerpo de quien se beneficiará del trasplante.

Por consiguiente, en todo trasplante deben existir dos declaraciones de voluntad: la del donante si está en vida y la del receptor. Son dos voluntades independientes entre sí, aunque conectadas por la sucesión de los hechos. Si el material de trasplante se extrae de un cadáver, habrá que estar a las disposiciones según las cuales se puede obtener partes de cadáveres para efectos de trasplantes.

### *2.1.2.- Aspectos organizativos requeridos por la legislación para efectos de trasplantes*

La legislación vigente en el Perú establece tres aspectos organizativos que son esenciales para la problemática de los trasplantes de órganos en el Perú: uno está referido a los establecimientos de salud autorizados para la realización de trasplantes; el otro al Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos y, finalmente, el tercero al Banco de Organos y Tejidos para Trasplantes. Abordamos estos temas aquí porque en los comentarios posteriores aparecen múltiples menciones a lo que aquí veremos. Desde luego, en este acápite sólo consignamos la normatividad existente, no analizamos si todas o algunas de estas instituciones existen en la realidad y, si existen, tampoco analizamos cómo hacen su trabajo.

#### *2.1.2.1.- Establecimientos de salud dedicados a trasplantes de órganos.-*

Los trasplantes de órganos no pueden ser realizados en cualquier establecimiento médico, sino sólo en algunos que deben cumplir ciertos requisitos, y que serán autorizados por el Ministerio de Salud.

Los requisitos que establece el D.S. 014-88-SA son:

- Una organización y régimen de funcionamiento interior que permitan asegurar la ejecución de tales operaciones en forma eficiente y satisfactoria. (Artículo 5).

- Instalaciones y equipos adecuados tales como quirófanos, sala de recuperación y vigilancia intensiva, sala de aislamiento, laboratorios de bioquímica, inmunología, hematología y bacteriología. (Artículo 5).
- El personal médico que participa en las operaciones debe tener calificaciones y especializaciones adecuadas. (Artículo 5).
- Los establecimientos deben incluir ambientes e instalaciones para la conservación y preservación de órganos y tejidos destinados a transplantes. (Artículo 5).
- Deben contar con psicólogos y psiquiatras que evalúen a los pacientes antes y después de las operaciones. (artículo 6).

Según el artículo 8 del D.S. 014-88-SA, el Ministerio de Salud, mediante resolución ministerial, establecerá los demás requisitos que sean necesarios para estos establecimientos de salud.

Según el artículo 13 del Decreto Supremo 014-88-SA:

*"En todo establecimiento de salud autorizado para efectuar transplantes o injertos deberá existir un Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral y otra de Transplantes de Organos.*

*El Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral estará integrado por el Director del Establecimiento de salud donde se encuentre el paciente, o por su representante, por el médico tratante y por un neurólogo o neuro-cirujano.*

*El Comité de Transplante de Organos estará compuesto por el Director del establecimiento de salud donde se efectúe la operación, o su representante, y por aquellos médicos especialistas debidamente designados de conformidad con las disposiciones que regulan el régimen interno del establecimiento, y con los requisitos establecidos en la Resolución Ministerial que autoriza su funcionamiento como centro de extracción y transplante de órganos.»*

El Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral es el mismo grupo que menciona el artículo 6 de la Ley 23415 y tiene por finalidad

comprobar y certificar la muerte cerebral de una persona. Esto, como se verá, es esencial para extraer partes de un cadáver para los fines autorizados por la legislación. (Ver artículos 26 y 27 del D.S. 014-88-SA).

El Comité de Transplante de Organos autoriza expresamente la extracción y consiguiente implante de un órgano o tejido siempre que se haya producido, previamente, la certificación del buen estado de salud del donante conforme lo prescribe el artículo 16 del D.S. 014-88-SA. Es también responsable del cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 15 y 16 del D.S. 014-88-SA para la realización de transplantes, cosa que deberá verificar oportuna y previamente a las operaciones. (Artículos 18, 28 y 29 del D.S. 014-88-SA). A su vez, según el artículo 9 del D.S. 014-88-SA, el Jefe del Comité de Transplante de Organos informa al receptor de todas las medidas de seguridad adoptadas para el buen resultado de la operación.

#### *2.1.2.2.- Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos*

El Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos fue creado por el artículo 10 de la Ley 23415 (modificado por la Ley 24703) y está regulado en los artículos 36 al 40 del D.S. 014-88-SA.

Su finalidad es registrar la voluntad de las personas de ceder o no sus órganos o tejidos para fines de transplante o injerto después de su muerte. (Art. 36 del D.S. 014-88-SA).

El registro tiene carácter obligatorio, esto es, que la voluntad positiva o negativa respecto de esta temática, sólo puede constar del Registro que comentamos. Ningún otro documento de funcionario público, notarial o privado, puede valer como expresión de voluntad en este ámbito del Derecho. A la misma vez es de libre determinación porque registrarse en él o no, y en sentido de autorizar o no autorizar la disposición del cadáver, es atributo exclusivo de la persona involucrada.

El Consejo Directivo es la máxima autoridad del Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos. Está presidido por el Ministro de Salud o quien lo represente y forman parte de él representantes del Instituto Peruano de Seguridad Social, de la Sanidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, del Colegio Médico del Perú, del Colegio de Abogados

de Lima, de la Asociación Peruana de Facultades de Medicina y de la Sociedad Peruana de Transplantes de Organos (art. 38 del D.S. 014-88-SA).

Los establecimientos de salud autorizados para realizar transplantes de órganos contarán con una copia actualizada del Registro Nacional (art. 39 del D.S. 014-88-SA). Desde luego, esta norma tiene por finalidad que las consultas de la voluntad declarada de las personas para transplantes de órganos, pueda ser consultada de inmediato, sin necesidad de referirse al órgano administrativo del Registro, lo que podría demorar las operaciones y hacer perder los órganos o tejidos de que se trate en cada caso.

### *2.1.2.3.- Banco de Organos y tejidos para transplantes*

El Banco de Organos y Tejidos para Transplantes fue creado por el artículo 12 de la Ley 23415 modificado por la ley 24703, y es definido por el artículo 41 del D.S. 014-88-SA como un organismo de integración de informaciones que, centralizando al mismo tiempo la información sobre pacientes que requieren transplantes de órganos o de injertos de tejidos, y la información sobre disponibilidad de órganos, permite dichos transplantes de modo rápido y eficiente al contar con todos los datos de disponibilidad y necesidad, así como con los de carácter clínico e inmunológico de cada caso.

Para estos efectos:

- Los establecimientos de salud que tienen pacientes que requieren transplante de órganos o tejidos, deben proporcionar al Banco los datos clínicos e inmunológicos de dichos pacientes a fin de que el Banco pueda establecer las prioridades del caso, y autorizar el consiguiente destino de los órganos disponibles. (D.S. 014-88-SA, art. 42).
- Por su parte, los establecimientos de salud que pueden contar con órganos disponibles para transplantes provenientes de cadáveres, deben poner dicha circunstancia en inmediato conocimiento del Banco. (D.S. 014-88-SA, art. 43).

Es de esta manera, el Reglamento pretende lograr que la información disponible sobre transplantes en el país, esté disponible del modo

más inmediato. Es muy importante que el Banco funcione con recursos suficientes para garantizar su eficiencia, pues resulta obvio que el tiempo es un factor importantísimo en materia de transplantes: bien puede suceder que la vida del receptor se extinga antes de encontrar un órgano para él; bien que un órgano disponible se deteriore antes que pueda saberse quién lo necesita. La información centralizada colaborará a que estos problemas se aminoren significativamente.

## 2.2.- Características de los transplantes homoplásticos

Las características que para la teoría tienen los transplantes homoplásticos son varias. Abordamos las principales.

### 2.2.1.- Autorización.-

La autorización debe ser dada tanto por el donante como por el receptor si ambos están en vida. Si el órgano se extrae de un cadáver, entonces habrá que estar a las reglas específicas para este caso.

#### 2.2.1.1.- Autorización de donación de una persona sobre su cuerpo en vida

Se acepta que la decisión sobre donación en vida tiene que ser personalísima .

La ley 23415 en su artículo 7 inciso b) establece que para los transplantes de órganos y tejidos de una persona viva a otra se requiere: "*el consentimiento expreso del donante*".

El Reglamento establece al respecto en su artículo 4:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 4.- Todo acto de cesión o disposición gratuita de órganos o tejidos entre personas, o para después de la muerte, responde a una decisión libre y corresponde única y exclusivamente al propio sujeto."*

En el caso de ablación de partes del cuerpo de una persona viva para transplante, el artículo 15 inciso c) del D.S. 014-88-SA establece que es requisito: "*Que el donante otorgue su consentimiento en forma libre, expresa y conciente.*"

Finalmente, el artículo 17 del D.S. 014-88-SA requiere que el consentimiento libre y expreso del donante al que se contrae el inciso c) del artículo 15, se otorgue separado del consentimiento del receptor, en documento suscrito ante el Director del establecimiento de salud en el que ha de efectuarse la extracción, o ante su representante, con firmas legalizadas ante Notario Público.

De acuerdo al inciso a) del artículo 15 del D.S. 014-88-SA se requiere que el donante vivo sea mayor de edad. Esto, obviamente, porque la decisión tiene que ser personal, libre y conciente y sólo puede ser otorgada por persona mayor de edad. Sin embargo, aquí se presentan dos circunstancias:

- ¿Qué ocurre si el mayor de edad es de aquellos que no puede expresar debida e indubitablemente su voluntad? En este caso debe tenerse en cuenta la primera parte del inciso b) del mismo artículo 15 que establece como requisito: "*Que el donante goce de plenas facultades mentales.*" Es obvio que estos incisos deben ser tomados como requisitos concurrentes y no paralelos.
- ¿Qué ocurre si el donante es menor de dieciocho años, pero plenamente capaz de ejercicio por virtud del artículo 46 del Código Civil? En este caso chocan dos conceptos distintos: de un lado, «mayor de edad» puede querer decir "dieciocho años". De otro, puede querer decir "plenamente capaz de ejercicio de sus derechos civiles". Si la definición es la primera, entonces para donar hay que tener dieciocho años. Si la definición es la segunda, entonces hay que ser plenamente capaz aunque no se tenga dieciocho años. Por consideraciones de solidaridad y de técnica legislativa, nosotros opinamos que en este caso la interpretación adecuada es la de ser "plenamente capaz aunque se sea menor de dieciocho años". (ver respecto de esto, nuestro comentario al artículo 42 en páginas posteriores).

Cuando pasamos a analizar las reglas según las cuales se puede autorizar la limitación de los derechos a la vida y a la integridad corporal, encontramos normas correctas pero también varios problemas de coherencia en el Código Civil. Los exponemos a continuación.

1. El Código distingue correctamente dos situaciones diferentes: la de actos de disposición que deben realizarse en vida del donante (artí-

culos 6 y 7), y la de disposición luego de la muerte, es decir, disposición sobre el cadáver (artículos 8 y 10).

2. Las disposiciones de los artículos 6 y 7 presentan complicaciones por las siguientes razones:

- Es evidente que los artículos 6 y 7 tratan universos secantes. El artículo 6 pone requisitos a todo acto de disposición del propio cuerpo, en tanto que el artículo 7 trata de las donaciones de partes no renovables. Por consiguiente, la donación de partes renovables está legislada sólo en el artículo 6, en tanto que la de partes no renovables está legislada en ambos (artículos 6 y 7). La redacción de las normas, desde luego, no da esta impresión a primera vista y ello se refuerza porque el artículo 5 en su parte final se refiere exclusivamente a las excepciones del artículo 6, cuando debiera hacer referencia a los artículos 6, 7 y 9.
- El artículo 6 prohíbe la disposición del cuerpo en dos casos.

El primero es cuando se ocasione una disminución permanente de la integridad física. Dos cosas hay que anotar aquí: la primera que se toma la opción teórica de la integridad anatómica antes que la integridad funcional o la salud integral (a contrapelo, el artículo 7 sí elige la opción de la salud integral en su primera prohibición). La segunda, que en realidad sólo puede haber disminución permanente de la integridad física cuando se dispone de una parte no renovable, cuyo tratamiento específico parecería estar en el artículo 7. Por consiguiente, para la disposición de partes no renovables están las dos prohibiciones del artículo 7 y la primera del artículo 6 (que, por lo demás, no es aplicable a la donación de partes renovables). Hay que notar, finalmente, que esta norma no puede ser tomada en su significado literal porque entonces no se podría hacer disposición alguna de partes no renovables en la medida en que de hecho producen disminución permanente de la integridad física (por ejemplo, estaría prohibida la donación de riñones en vida lo que sería terrible dado el avance médico en materia de trasplantes de riñón y la consiguiente necesidad que se ha creado en la actualidad en este campo, entre otros). Probablemente, lo que el Código ha querido decir es que se prohíbe una disminución permanente y dañosa de

la integridad física, pero eso es algo muy distinto y, por lo demás, estaría ya comprendido en la primera prohibición del artículo 7 (grave perjuicio a la salud del donante, como se verá luego).

El segundo caso de prohibición del artículo 6 es cuando de alguna manera se agravie el orden público o las buenas costumbres. Da la impresión que esta norma es aplicable tanto a la donación de partes renovables como no renovables del cuerpo. Es fácil imaginarse que una donación contraria a las buenas costumbres sería alguna que afectara la salud o la integridad corporal del donante de manera seria. Sin embargo, estaría ya contenida en las otras prohibiciones. Da por tanto la impresión de que prohibir la disposición del cuerpo cuando va contra las buenas costumbres es una expresión global que busca poner freno a circunstancias que no podían ser previstas claramente al legislar. Es más problemático aún determinar cuándo se agravia al orden público donando parte del organismo individual. Esta referencia al orden público sólo puede ser entendida en relación a las finalidades con las que se utilice la parte donada (pero que también están establecidas en otras normas). En realidad es bastante difícil dar contenido específico a las buenas costumbres y el orden público en este caso.

- El artículo 7 prohíbe la donación de partes del cuerpo no renovables en dos circunstancias.

La primera es cuando se perjudica gravemente la salud del donante. La prohibición es totalmente pertinente pero cabe preguntarse porqué es aplicable sólo a la donación de partes no renovables. De hecho, si alguien dona un litro y medio de sangre en el mismo momento, probablemente estará poniendo en serio riesgo su salud a pesar que la sangre es un tejido renovable. Por consiguiente, la norma debiera hallarse en el artículo 6 y no en el 7.

La segunda prohibición es para aquel caso en el que la donación reduzca sensiblemente el tiempo de vida del donante. Como en el caso anterior, la norma puede muy bien ser aplicada a todo caso de disposición del cuerpo, no sólo a la de partes no renovables.

Cabe notar aquí el inciso e) del artículo 15 del Reglamento de normas sobre transplantes:

*"D.S. 014-88-SA, Artículo 15.- Para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra se requiere:*

*(...)*

*e) Que se se trate de un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y que no disminuya gravemente su capacidad funcional o reduzca sensiblemente sus años de vida.*

*(...)"*

Este artículo, de un lado, ratifica los requisitos de preservar la vida del donante y su espacio de vida pero, de otro, añade el requisito de que no se disminuya gravemente la capacidad funcional del organismo del donante, perspectiva que es importante y no ha sido desarrollada en el texto del Código Civil. Sin embargo, como es obvio, en este aspecto el Reglamento no resulta incompatible con las normas de jerarquía superior y, por consiguiente, hay que reconocer como protegida en el Perú también la integridad funcional.

- A pesar de las prohibiciones que contiene, el artículo 6 establece que son válidas las disposiciones de partes del cuerpo realizadas en vida, en dos hipótesis: si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico, o si están inspiradas por motivos humanitarios.

Es obvio que las dos excepciones funcionan en relación a las dos prohibiciones hechas antes por el propio artículo 6. Pero ¿también funcionan frente a las dos prohibiciones hechas por el artículo 7?

Aquí la respuesta no es tan clara. De un lado, parecería que no se puede donar partes no renovables cuando se perjudica gravemente la salud o se reduce sensiblemente el tiempo de vida del donante, pero, de otro lado, estas constituyen normas de orden

público (porque son de cumplimiento obligatorio) y por tanto, haciendo esta interpretación sistemática, también valdrían las excepciones del artículo 6 para ellas porque expresamente valen cuando "... de alguna manera sean (las donaciones) contrarias al orden público ...".

Es obvio que el Código está mal construido en esta parte.

En realidad, y luego de estas disquisiciones, concluiremos diciendo que, en nuestro criterio, los artículos 6 y 7 tienen una elaboración deficiente que requiere ser interpretada. Nuestra interpretación es la siguiente:

- a. Las limitaciones voluntarias a los derechos a la vida y la integridad física de que habla el artículo 5 pueden producirse sólo mediante consentimiento expreso y directo del donante. En el caso de disposición de partes no renovables, se requiere consentimiento expreso y escrito del donante. En todos los casos hay que cumplir los requisitos reglamentarios establecidos.
- b. La disposición de partes del cuerpo está prohibida en los siguientes casos:
  1. Cuando ocasione una disminución permanente y dañina de la integridad física.
  2. Cuando se perjudique gravemente la salud del donante.
  3. Cuando se reduzca sensiblemente el tiempo de vida del donante.
  4. Cuando de alguna manera se contrarie al orden público o a las buenas costumbres.
  5. Cuando perjudique la integridad funcional (requisito añadido por el D.S. 014-88-SA, artículo 15, inciso e).
- c. No obstante las prohibiciones anteriores, las disposiciones del cuerpo serán válidas en los siguientes casos:

1. Si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico.
2. o si están inspiradas por motivos humanitarios.

Reconocemos que toda esta interpretación es muy discutible y que podrían tomarse opciones interpretativas distintas porque la normatividad del Código no es sistemática. Sin embargo, es la que nos parece más razonable a la luz de lo expuesto. Razón de más para que se proceda a una reforma legislativa solucionando los problemas que actualmente existen.

#### *2.2.1.2.- Autorización para el uso de partes de un cadáver*

Al tratar este tema son importantes dos asuntos: el de las formas de autorización del uso del cadáver, según las distintas circunstancias, y el de la determinación de la muerte porque, si bien es obvio que para que haya cadáver tiene que haber muerto la persona, no es tan obvio saber cuándo es que alguien muere y está autorizada la extracción de partes del cuerpo.

##### *2.2.1.2.1.- Autorización para la disposición de cadáveres*

El artículo 8 del Código Civil es muy claro al establecer que es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte con fines de interés social o de prolongación de la vida humana, aclarando que la disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro.

Estos mandados son coherentes y adecuados a la doctrina existente. Debe quedar claro que en este artículo se establece la disposición gratuita tanto al decir que se dispone «altruistamente», como al establecer que los donatarios deben ser entidades que no persigan fines de lucro.

También es claro que la persona puede disponer de su cadáver tanto para transplantes como para investigación y enseñanza científica. Esto es acorde con los principios que regulan la materia cuando se trata de cadáveres.

En la legislación vigente hay que correlacionar el artículo 8 del Código Civil, con la segunda parte del artículo 4 de la ley 23415 que establece textualmente:

*"Artículo 4.- Toda persona que reciba tratamiento en un establecimiento de salud, que desee que después de su fallecimiento sus órganos o tejidos sean usados para transplantes, deberá manifestarlo expresamente. En su defecto y por razones de imposibilidad material, podrán otorgar dicha autorización, los padres, hijos o el cónyuge."*

El artículo es muy poco técnico desde el punto de vista legislativo. Analicémoslo brevemente:

- Establece que la manifestación expresa debe ser de persona que reciba tratamiento en un establecimiento de salud. El defecto consiste en que una interpretación estrictamente literal querría decir que quien no está en tratamiento, no puede manifestar voluntad de cesión de partes de su futuro cadáver.

Obviamente, ese no es el caso, sobre todo porque el artículo 8 del Código Civil establece como norma general (y totalmente razonable), que la persona puede disponer de su cuerpo para ser utilizado después de su muerte.

En realidad, este aspecto del artículo 4 de la ley 23415 debe ser entendido correlacionadamente con el 8 del Código Civil de esta manera:

- a. Cualquier persona puede disponer de su cuerpo para después de su muerte.
  - b. Desde luego, también lo puede hacer quien recibe tratamiento en un establecimiento de salud.
- En defecto de la declaración de la persona en vida, la ley 23415 establece que podrán otorgar la autorización para disponer: *"los padres, hijos o el cónyuge"*.

La frase, obviamente, está pensada con sentido común pero no con criterio jurídico y esto podemos mostrarlo muy fácilmente: Imagi-

nemos que un señor muerto a los cincuentisiete años de edad, tuvo la siguiente historia: dejó de ver a sus padres (aún vivos hoy), a los veinte años de edad; tuvo un hijo extramatrimonial a los veintidós años al que reconoció pero con quien no vivió nunca; y se casó con su cónyuge de toda la vida a los veintitrés años.

Al final de su vida, su cadáver será dispuesto en primer lugar por los padres; en segundo lugar por el hijo extramatrimonial y, sólo a falta o en renuncia de ellos, por la cónyuge de toda la vida. Es obvio que no tiene sentido y, tan cierto es esto, que el Código Civil señala las prioridades exactamente opuestas en el artículo 13: primero el cónyuge; luego los descendientes (que, dicho sea de paso, no tienen que ser sólo hijos pues pueden ser nietos, etc), y en último lugar los padres.

En nuestro criterio, el orden del Código Civil es mucho mejor en todos los términos, aunque sólo sea porque el cónyuge debe decidir primero; luego los descendientes que tienen la mirada del futuro y, finalmente y sólo finalmente, los ascendientes.

Cabe destacar que según la doctrina generalmente aceptada en Derecho, norma posterior prima sobre anterior de igual nivel y, en este caso, el artículo 13 del Código Civil, primaría sobre el 4 de la Ley 23415. Sin embargo, una mención legislativa específica no vendría mal para evitar ulteriores problemas de redacción e interpretación.

En nuestro criterio, por razones formales y de fondo, prima el artículo 13 del Código Civil, sobre el 4 de la ley 23415, que trata materia similar pero asistemáticamente.

Relacionado a este artículo 4 de la Ley 23415 está el artículo 34 del D.S. 014-88-SA que establece:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 34.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N. 23415, toda persona que reciba tratamiento médico de un establecimiento de salud que desee que, para después de su muerte, sus órganos o tejidos sean utilizados para trasplantes, deberá manifestarlo expresamente en un formulario que suscribirá personalmente al ingresar al establecimiento de salud, copia del cual deberá re-*

*mitirse al Registro nacional de Donantes de Organos y Tejidos. No habiéndose producido tal declaración de voluntad por imposibilidad material, corresponderá a los familiares, por excepción, interpretar la supuesta voluntad altruista del difunto y prestar, en consecuencia, autorización para proceder a la ablación o, en caso contrario oponerse a tal acto de solidaridad."*

En su primera parte el artículo tiene los mismos defectos que ya comentamos en el artículo 4 de la Ley 23415. Sin embargo, tiene de bueno que muestra la importancia de que el paciente de un establecimiento de salud pueda expresar su voluntad sobre la donación de órganos en caso de fallecer. Esto eliminaría problemas burocráticos que pueden demorar la ablación por minutos preciosos. Personalmente, discrepamos de la frase final del artículo que, indudablemente, «carga» emocionalmente la negativa de los parientes al considerarla una «oposición a tal acto de solidaridad». La ley no puede utilizar lenguaje que manipule los sentimientos y esta frase lo hace. Por ello consideramos que, modificada, debería ser incluida en el reglamento de transplantes diciendo, en pocas palabras, que cuando un paciente se interna en un establecimiento de salud, le podrá ser presentado un formulario de aceptación o negación de donación de órganos para después de su muerte, el que podrá o no ser llenado por dicho paciente a su entero albedrío.

Una vez concluido el punto de la vinculación entre el artículo 8 del Código Civil y el 4 de la Ley 23415, es preciso recordar la concordancia del artículo 8 del Código Civil con el artículo 9, en el sentido que el acto es revocable sin ninguna responsabilidad subsiguiente.

Por su parte, el artículo 10 del Código Civil, se pone en la circunstancia que la persona no haya dispuesto de su cadáver en vida, ni en sentido positivo, ni en sentido negativo. Ante esta situación plantea la posibilidad de que el jefe del establecimiento de salud o del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver, pueda disponer de parte de éste para fines de interés social o de prolongación de la vida humana de dos maneras, según las circunstancias. Al propio tiempo, la Ley 24703 modifica el artículo 8 de la Ley 23415 estableciendo otro supuesto en el cual no hay que consultar a los parientes. Las normas son:

1. Cuando se puede consultar con los parientes de la persona a la que perteneció el cadáver, es imperativo hacerlo antes de disponer de

éste. Esto supone que la persona a la que perteneció el cadáver sea identificada y que sus parientes muestren la disposición a encargarse del cadáver.

Los parientes aludidos en este artículo son los indicados en el artículo 13 del Código que, excluyentemente son los siguientes y en este orden:

- Cónyuge del difunto.
- Sus descendientes.
- Sus ascendientes.
- Sus hermanos.

Nos referimos con mayor extensión a las reglas sobre asentimiento de los parientes al comentar el artículo 13. Sin embargo, en este punto es importante comentar el artículo 12 del Decreto Supremo 014-88-SA dice:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 12.- En los casos en que por ley deba hacerse la autopsia o se proceda, por disposición de la persona en vida o por voluntad de sus familiares, al embalsamamiento o incineración del cadáver, es permisible la ablación de órganos o tejidos para fines de trasplante o injerto."*

Esta norma, de menor jerarquía jurídica que el Código Civil, dicta una excepción a las normas de éste y que consiste en autorizar a los médicos a hacer ablación de un cadáver al que debe hacerse autopsia obligatoriamente, o al que hay que incinerar o embalsamar.

El mandato es discutible porque los parientes (o la persona que fue en vida ese cadáver) no han expresado voluntad para autorizar la ablación. Sin embargo, hay necesidad de hacer la autopsia o de destruir los órganos por el embalsamamiento o incineración. De esta forma, es razonable entender que sea posible la ablación porque, de todas maneras, se va a proceder a la destrucción parcial o total del cadáver en cualquiera de las operaciones antes dichas. Sería más técnico, sin embargo, que esta excepción figurara en una norma con rango de ley y no en el Reglamento.

2. Si el cadáver no ha sido identificado (y por tanto no se puede con-

sultar a los parientes), o si ha sido abandonado, esto es, los parientes no se hacen cargo de él (porque no quieren, porque desconocen la muerte, o por cualquiera otra razón), entonces el jefe del establecimiento puede ordenar la disposición del cadáver directamente. Este es el segundo párrafo del artículo 10 del Código Civil.

3. Por su parte, el artículo 8 de la ley 23415 según queda redactado por la modificación hecha mediante la ley 24703, dice:

*"Ley 23415, artículo 8.- En los casos de accidentes, en que la muerte de una persona se produzca en un Centro Asistencial Público o Privado, como consecuencia del cese irreversible de la función cerebral, es permisible la ablación de sus órganos con fines de transplante, sin que para tal efecto se requiera del consentimiento de los parientes, referido en el artículo 4 de esta ley y concordante con el Artículo 13 del Código Civil. Dichos órganos son del Banco de Organos y Tejidos para Transplantes, para su uso gratuito.*

*La ablación de órganos y tejidos, a que se refiere el presente artículo no es aplicable, si la persona en vida, hubiera dejado constancia expresa de su oposición en el Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos, que se crea por esta ley."*

Esta es una excepción adicional a las del artículo 10 del Código Civil, establecida por ley posterior al Código y, por consiguiente, perfectamente válida.

La disposición está reglamentada en el artículo 32 del Reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 32.- En todos los casos de accidentes (accidentes cerebrovasculares, traumatismos encefalocraneanos, etc., cualquiera sea la causa) en que se produzca la muerte de una persona, como consecuencia del cese definitivo e irreversible de la función cerebral es permisible la ablación de sus órganos o tejidos con fines de transplante, siempre que se haya cumplido con la comprobación de la muerte cerebral de conformidad con lo prescrito en el presente Reglamento.*

*En concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N.*

*23415 y en lo prescrito en el inciso b) del artículo 23 del presente Reglamento, se presume en orden al valor supremo de la solidaridad, la voluntad favorable de la persona para la ablación de sus órganos para después de su muerte, con la finalidad de mejorar la salud o preservar la vida de una persona, salvo que expresamente en vida manifieste su decisión en contrario y la inscriba en el Registro Nacional de Donantes de Organos y Tejidos.*

*En el caso previsto en el presente artículo no se requiere la autorización de los familiares para los fines de la extracción de órganos.*

*Los derechos de los familiares, en lo que concierne al cadáver, son aquellos establecidos en el artículo 13 del Código Civil."*

Existiendo el artículo 8 de la ley 23415 antes referido, la norma es perfectamente compatible y, por consiguiente, de cumplimiento obligatorio en nuestro criterio.

(En relación al artículo 8 de la Ley 23415 y al 32 del D.S. 014-88-SA, hay que tener presentes, además, el artículo 9 de la ley 23415 y el 33 del D.S. 014-88-SA, que no comentamos aquí por no tener que ver directamente con nuestra temática).

#### *2.2.1.2.2.- Declaración de la muerte.-*

Como fácilmente se podrá comprender, resulta fundamental para los efectos de lo que venimos tratando, determinar la muerte del ser humano porque a partir de ella cesa la persona (es decir, el ser humano) y el cuerpo se convierte en restos mortales de los cuales pueden ser extraídas partes según el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley 23415, y el inciso a del artículo 23 del Decreto Supremo 014-88-SA.

El artículo 5 de la Ley 23415 establecía originalmente que la muerte era la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria. Sin embargo, este artículo fue modificado por la ley 24703 que considera muerte la cesación definitiva o irreversible de la actividad cerebral. Por consiguiente, la cesación de la función cardio-respiratoria ha sido eliminada como criterio para determinar la muerte.

El reglamento trae también norma al respecto. Es muy importante la parte final de este artículo que va más allá del problema de los transplantes para establecer cuál es la muerte según el artículo 61 del Código Civil:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 21.- La muerte cerebral de una persona es la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral la misma que tiene traducción clínica y electroencefalográfica.*

*La muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Civil."*

Los requisitos de orden técnico según los cuales se comprobará esta muerte también constan en el reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, Artículo 25.- La comprobación de la muerte cerebral que ha de permitir la extracción de órganos o tejidos para el transplante, se basa en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos al menos, y a la persistencia seis horas después del comienzo del coma de los siguientes signos:*

- a) Ausencia total de respuesta cerebral a estímulos externos, especialmente nociocéptivos, con pérdida absoluta de conciencia.*
- b) Ausencia de respiración espontánea.*
- c) Ausencia de reflejos encefálicos, de pares craneanos y pupilas midriáticas o en posición intermedia, aún ante estímulos fóticos intensos.*
- d) Electroencefalograma «plano» demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Esta comprobación tiene lugar después de dos registros silenciosos e isoeletrícos con no menos de treinta minutos de duración cada uno efectuados con un intervalo mínimo de tres horas entre ambos.*

*Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central."*

El coma al que se refiere el encabezamiento del artículo es la pérdida del estado de conciencia en una situación que constituye cuadro previo a la muerte. Los requisitos que deben confluír, simplíficadamente expuestos, son los siguientes:

- La ausencia de respuesta a estímulos nociocéptivos consiste en que la persona no reacciona concientemente a preguntas o demandas de otras personas.
- Ausencia de respiración espontánea es un concepto que no requiere ser explicado.
- La ausencia de reflejos encefálicos en pupilas midriáticas (anormalmente abiertas), o intermedias, consiste en que ante la exposición de los ojos a la luz intensa (estímulos fóticos intensos), la pupila no reduce su diámetro como normalmente sucede por reflejo.
- Finalmente, el inciso d) supone la aplicación de electroencefalogramas que dan como resultado la no existencia de respuesta eléctrica cerebral.

El último párrafo del artículo señala que cuando el cuerpo ha sido sometido a hipotermia inducida (bajas temperaturas ambientales artificialmente aplicadas) o a drogas depresoras, la existencia de los signos anteriores en los lapsos establecidos, no es síntoma de muerte cerebral que pueda ser tomada en cuenta para la ablación de partes del cuerpo.

Como ya se señaló antes, la muerte tiene además que ser irreversible, es decir, que la medicina tiene que comprobar que la actividad cerebral no podrá recomenzar, desde luego de acuerdo al estado de sus conocimientos. A esto se refiere el artículo 24 del Reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, art. 24.- La extracción de órganos o tejidos de un fallecido podrá hacerse previa comprobación de la muerte cerebral en base a la existencia de datos que demuestran fehacientemente la irreversibilidad de las lesiones cerebrales incompatibles con la vida."*

Tan importante como constatar la muerte, es la declaración formal

de que se ha producido y que puede procederse a la ablación. Ello está normado en los artículos 5 y 6 de la Ley 23415 y también en el reglamento aprobado por Decreto Supremo 014-88-SA.

El artículo 5, modificado por la ley 24703 establece:

*"Para los efectos de la presente ley, se considera muerte, a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral.*

*Su constatación es de responsabilidad del médico que la certifica."*

A su turno, el texto original y no modificado del artículo 6 de la ley 23415 establece:

*"Para declarar la muerte de una persona, por cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria, se requerirá el acuerdo unánime de una junta integrada por: el Director o representante de la Clínica u Hospital en que se encuentre el paciente, el médico tratante y un especialista neurológico, acuerdo que constará en acta firmada para tal efecto.»*

La declaración de la muerte es importante porque la ablación de los órganos a transplantar no puede hacerse mucho tiempo después de la muerte y, en ciertos casos, podría ocurrir que la ablación practicada en quien no ha muerto, sea en realidad un homicidio. El artículo 6, por ello, exige una junta de tres personas que certifique.

Entre estos dos artículos hay discordancia en cuanto que la versión original del artículo 5 de la ley 23415, como ya se dijo, establecía que se consideraba muerte la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria. Consiguientemente, el artículo 6 hablaba de los dos fenómenos. Cuando se dictó la ley 24703 se modificó el artículo 5 pero no el artículo 6. De esta manera, una correcta interpretación indicaría que a partir de la ley 24703 la situación que permite considerar la muerte es la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral, y no la de la función cardio-respiratoria.

La constatación de que se ha producido la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral es responsabilidad del médico que la certifica según el artículo 5. Sin embargo, la declaración de que la perso-

na ha muerto corresponde a la junta de médicos indicada en el artículo 6. Ese grupo, en el reglamento, es denominado Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral (D.S. 014-88-SA, artículo 13). Esto, en otras palabras, quiere decir que no se puede declarar la muerte de una persona por esta causal, y por tanto no puede hacerse ablación sobre su cuerpo, a menos que se halle en clínica u hospital. Esta es una disposición coherente con los requisitos de infraestructura adecuada para realizar transplantes y, por ende, con las disposiciones que establecen que ello en el Perú, sólo puede realizarse en determinados centros de salud, precalificados para tal función.

A estas normas, el D.S. 014-88-SA añade dos requisitos adicionales que resultan razonables y, además, son compatibles con los indicados en las leyes:

- La comprobación y certificación de la muerte cerebral se debe efectuar por acuerdo unánime de los integrantes del Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral (Artículo 26).
- Los médicos que integran el Comité de Comprobación de la Muerte Cerebral para una persona, no pueden intervenir como miembros del equipo que realice la extracción del órgano ni el correspondiente transplante (artículo 27).

Finalmente, una vez confirmada la muerte se puede mantener la circulación y respiración del cadáver por medios artificiales para que las partes del cuerpo se hallen en las mejores condiciones para la ablación:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 30.- Confirmado el silencio cerebral, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 25, podrá mantenerse la circulación y respiración de la persona fallecida por medios artificiales, al efecto de asegurar que los órganos y/o tejidos se encuentren en óptimas condiciones para el transplante."*

#### *2.2.1.3.- Autorización para el implante*

De acuerdo a la doctrina, y también a la legislación, la decisión para el implante tiene que ser tan personal como sea posible.

El artículo 15 inciso h) del D.S. 014-88-SA requiere para que el

transplante entre vivos pueda realizarse: «que la aceptación del receptor sea libre, consciente y expresa.»

Por su parte, el artículo 17 del mismo D.S. 014-88-SA establece que el consentimiento libre y expreso del receptor del órgano destinado al transplante al que se contrae el inciso h) del artículo 15, deberá otorgarse por separado del consentimiento del donante, en documento suscrito ante el Director del establecimiento de salud en el que ha de efectuarse el implante, o su representante, con firmas legalizadas ante Notario Público.

Para el caso recepción de parte de un cadáver, está el artículo 35 del reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 35.- La aceptación de parte del receptor al transplante de un órgano procedente de un cadáver deberá efectuarse en documento debidamente suscrito por el receptor, el médico tratante y el Director del establecimiento de salud donde se realizará el transplante, o su representación, con firma legalizada ante Notario Público."*

A pesar que las normas sobre aceptación del receptor son clarísimas en concederle la atribución de declarar voluntad sobre esto, hay dos circunstancias en las que suele aceptarse que la voluntad para la implantación sea dada por otros:

- Cuando la persona que necesita transplante está en tal estado de gravedad que no puede expresar su voluntad de manera cabal. En este caso, la expresión de voluntad sustitutoria de los parientes parece acorde a lo humano pues permitirá, eventualmente, que la vida del enfermo continúe. Esto sería imposible si el requisito de la declaración personalísima del receptor es mantenida hasta las últimas consecuencias. Hay que notar, sin embargo, que la legislación vigente no contempla expresamente esta excepción que, en realidad, es fruto de integración jurídica en base a instituciones como el estado de necesidad y no de interpretación (y por lo tanto, es tremendamente discutible aunque consistente en nuestro criterio).
- El segundo caso es aquel en el que tratamos de un incapaz civil por razón de edad, o de otra incapacidad, que le impida expresar su vo-

luntad cabalmente. En estos casos, aunque en forma diferente a la situación prevista en el párrafo anterior, estaríamos frente a la misma circunstancia: la vida humana puede perderse por un excesivo formalismo en la exigencia de la voluntad de recepción. Por tanto, también pensamos que puede integrarse una solución autorizando a quienes ejercen la patria potestad, la tutela o curatela, a dar la autorización por quienes están sometidos a ellos en su capacidad de ejercicio. Desde luego, si no hubiera padres ni tutor ni curador, habría que recurrir a los otros mecanismos previstos en el Derecho de Familia y de Menores. Como en el caso del párrafo anterior, no es esto lo que dice la legislación y por tanto es discutible aunque consistente. (De paso, hay que notar que el D.S. 014-88-SA exige que el donante sea mayor de edad en su artículo 15 inciso a), pero no trae igual exigencia de mayoría de edad en caso del receptor. Esto facilita nuestra integración en el sentido aludido).

Consideramos que la legislación debiera establecer estas dos excepciones entre sus normas para darles cabal validez.

#### *2.2.2.- Subsidiariedad.-*

Subsidiariedad quiere decir que al transplante sólo se debe recurrir cuando no hay otra vía disponible para salvar la vida o restituir la salud del paciente.

Hay quienes distinguen entre subsidiariedad y necesidad, considerando como necesidad el carácter imprescindible de la operación de transplante para el receptor. Si bien es cierto que esta diferencia puede ser hecha, preferimos integrarlo todo en el concepto de subsidiariedad. A hacer esto contribuye que la legislación peruana también trata en conjunto ambos conceptos.

La norma que establece este requisito es el inciso a) del artículo 7 de la Ley 23415:

*"Ley 23415, artículo 7.- Para los transplantes de órganos y tejidos, de una persona viva a otra, se requiere:*

- a) La necesidad para el receptor, como la mejor alternativa, del transplante del tejido u órgano lesionado por otro similar.*

(...)"

Este principio también está recogido en el artículo 14 inciso c. del Decreto Supremo 014-88-SA que establece:

*"Decreto Supremo 014-88-SA, Artículo 14.- El injerto o trasplante entre vivos sólo puede realizarse:*

(...)

- c) *Cuando signifique para el receptor del trasplante la mejor alternativa terapéutica."*

### *2.2.3.- Certificación de compatibilidad.-*

Cuando sea posible, hay que obtener una certificación de compatibilidad entre donante y receptor en relación a la parte del cuerpo que será transferida, para evitar que se produzca la ablación y, luego, no pueda ser hecho el implante o, en todo caso, al hacerlo se produzca rechazo por el organismo del receptor.

El artículo 7 del D.S. 014-88-SA establece al respecto:

*"La compatibilidad tisular entre donante y receptor debe certificarse por el médico especialista que practicó los exámenes."*

A su turno, el artículo 15 inciso f) dice:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 15.- Para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra se requiere:*

(...)

- f) *Que se haya certificado por el médico especialista la compatibilidad tisular entre donante y receptor.*

(...)"

#### 2.2.4.- Información a las personas involucradas.-

La teoría requiere que tanto el donante como el receptor sean informados de todos los detalles de las operaciones que se realizará, así como de las posibles secuelas que acarreen. Se estima que el transplante debe ser hecho con plena información de estos aspectos a los interesados.

El reglamento indica la forma de dar información al donante:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 15.- Para la extracción de órganos para transplante de una persona viva a otra se requiere:*

*(...)*

- b. Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido debida y previamente informado de las consecuencias previsibles de su decisión, tanto en lo sintomático como en lo psíquico, así como en cuanto a las eventuales repercusiones que la cesión pueda tener sobre su vida de relación personal, familiar y profesional, y en cuanto a los beneficios que el receptor pueda obtener con el transplante*

*(...)"*

El Decreto Supremo 014-88-SA también establece que se debe dar información al receptor. La norma es el artículo 9:

*"El paciente receptor de un transplante, cualquiera sea la procedencia del órgano destinado a tal efecto, debe ser informado por el Jefe del Comité de Transplante de Organos y Tejidos, de todas las medidas de seguridad adoptadas para el buen resultado de la operación.*

*El Jefe de dicho Comité informará también al receptor sobre la calidad concluyente de las pruebas efectuadas para determinar la compatibilidad tisular entre los tejidos del receptor y los del órgano a transplantarse, así como de las reacciones inmunológicas y consiguientes riesgos."*

#### 2.2.5.- Revocabilidad.-

La donación de partes del cuerpo para transplantes puede ser revocada en cualquier momento, sin generación de responsabilidad jurídica.

Esto, porque se pretende siempre salvaguardar la salud integral del donante.

El artículo 9 del Código Civil, como ya se vió establece la revocabilidad de los actos de disposición del cuerpo. Por su parte, el artículo 19 del D.S. 014-88-SA establece:

*"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil, el acto de cesión o disposición de un órgano o tejidos es revocable hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica. El receptor no tiene derecho al ejercicio de ninguna acción ni podrá reclamar indemnización de parte del donante."*

#### *2.2.6.- Buena salud del donante vivo*

Este es un requisito que cumple dos funciones: de un lado, garantizar que el receptor no se verá perjudicado por la eventual trasmisión de alguna enfermedad del donante y, de otro, que el donante mismo tiene posibilidades clínicas adecuadas de soportar la ablación y mantener su vida después de ella.

Ello está recogido en el inciso d) del artículo 15 del Reglamento:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 15.- Para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra se requiere:*

*(...)*

*d) Que el donante goce de un estado de salud adecuado para la extracción.*

*(...)"*.

El artículo 16 del reglamento añade:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 16.- La confirmación del buen estado de salud física y mental del donante deberá certificarse por los médicos que efectúen el examen correspondiente, en documento suscrito tanto por ellos como por el Director del establecimiento de salud donde se practicó. Los resultados del referido examen serán puestos en conocimiento del donante.*

*Los médicos que certifican el estado de salud del donante, serán distintos de aquellos que efectuarán tanto la extracción del órgano como el trasplante. "*

### *2.2.7.- Gratuidad.-*

La doctrina se inclina marcadamente a sostener que la donación de partes del cuerpo para efecto de trasplante tiene que ser gratuita y solidaria. Sin embargo, no todos están de acuerdo en proscribir o castigar el cobro.

La legislación peruana sobre este tema está contenida en los artículos 6 y 7 del Código Civil y en el artículo 3 del Decreto Supremo 014-88-SA.

Si nos fijamos atentamente en los encabezamientos de los artículos 6 y 7 notaremos una diferencia significativa: el artículo 6 habla de "disposición" del cuerpo, en tanto que el artículo 7 habla de "donación" de partes no renovables. Una interpretación estrictamente literal (y extrema) indicaría que las normas del artículo 6 se aplican a las disposiciones onerosas o gratuitas de partes renovables, y a las onerosas de partes no renovables, en tanto que el artículo 7 se aplicaría a las disposiciones gratuitas de partes no renovables. Esta, sin embargo, es una interpretación que lleva a consecuencias normativas no razonables en absoluto. La otra posible interpretación es que el Código quiera dejar abierta la puerta para la disposición onerosa de partes renovables (sangre, material genético, cabellos, etc), pero pretenda que la disposición de partes no renovables sólo debe ser gratuita. Esto tiene también problemas porque el reglamento de las leyes sobre trasplantes de órganos trae un artículo al respecto que dice lo siguiente:

*"Decreto Supremo 014-88-SA, art. 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 contrario es nulo.*

*El cuerpo humano y, en su caso, sus restos mortales, carecen jurídicamente de significación económico-patrimonial. Toda cesión o dispo-*

*sición de órganos o tejidos efectuada de conformidad a la ley, responde al supremo valor de la solidaridad humana."*

La primera parte del artículo está claramente referida a los trasplantes de órganos y excluye cualquier posibilidad de disposición onerosa del cuerpo. Pero la segunda es una declaración general que excede de los trasplantes e incluye cualquier disposición, inclusive la de sangre.

En resumen, del artículo 7 del Código Civil y el 3 del Decreto Supremo 014-88-SA resulta muy claro que la disposición de partes no renovables del cuerpo humano tiene que ser gratuita. Si damos al 014-88-SA validez mayor que la que corresponde a los trasplantes, entonces tendremos que concluir que toda disposición del cuerpo tiene que ser gratuita bajo sanción de nulidad. Sin embargo, el artículo 6 del Código Civil, norma de mayor rango que el Decreto Supremo, abre la puerta para que las partes renovables sean transferidas onerosamente.

A esto cabe añadir que el efecto práctico de la nulidad de una disposición del cuerpo a título oneroso no existe porque, o las partes mantienen su negocio y en consecuencia se sobreponen de hecho a la nulidad jurídica, o el vendedor podría en cualquier caso revocar su disposición en virtud del artículo 9 del Código Civil.

En síntesis, consideramos que el punto de partida es que la redacción de los artículos 6 y 7 del Código Civil es deficiente en este punto y debe ser corregida estableciendo claramente si se trata de que sólo algunas disposiciones (o todas) deben ser jurídicamente hechas a título gratuito. En la situación actual el Decreto Supremo 014-88-SA establece la gratuidad total pero, de un lado, se extralimita pues sólo está destinado a normar trasplantes y, de otro lado, recortaría ilegalmente la posibilidad tácita de que pudiera haber disposiciones onerosas de partes renovables, según el artículo 6 del Código Civil.

Sin embargo, cabe añadir que en general la doctrina, y con los defectos señalados también nuestra legislación, se inclinan por considerar que la disposición del cuerpo sea gratuita.

En la situación actual, y entretanto no haya modificación legislativa, la interpretación quedará en definitiva a criterio de la jurisprudencia, si decide pronunciarse sobre el problema. En los hechos, sin embargo, se

sabe que muchas personas disponen onerosamente de partes de su cuerpo y, en la práctica, no hay sanción o nulidad jurídica viable contra esos actos.

### *2.2.8 Transplante a persona determinada*

Tratándose de ablación de una parte del cuerpo humano de persona viva, se requiere que sea en favor de receptor determinado. En efecto, no es razonable privar de una parte de su cuerpo a algún ser humano en favor de un banco de órganos.

El reglamento de transplantes trae norma específica sobre esto:

*"D.S. 014-88-SA, artículo 15.- Para la extracción de órganos para transplante de una persona viva a otra se requiere:*

*(...)*

- g) Que el destino del órgano sea su transplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida;*

*(...)"*

### *2.2.9.- Técnica aceptada y no experimental.-*

La teoría tiende a excluir las técnicas quirúrgicas destinadas a experimentación cuando se trata de pacientes humanos. Las técnicas a utilizar en el transplante deben ser reconocidas y, tienen que haber sido experimentadas antes no en personas vivas.

### *2.2.10.- Capacitación profesional.-*

Los profesionales que realicen el transplante deben tener la capacitación necesaria para hacer las operaciones requeridas con seguridad para los involucrados. Así ha quedado establecido en dos normas del Decreto Supremo 014-88-SA:

*"D.S. 014-88-SA, Artículo 5.- (...)*

*El personal médico que ha de participar en las operaciones de extracción y de transplantes de órganos o tejidos deberá tener las calificaciones y especializaciones adecuadas.*

(...)"

*"D.S. 014-88-SA, artículo 20.- La extracción de un órgano o de un tejido para su trasplante o injerto, respectivamente, deberá realizarse de preferencia en el mismo establecimiento de salud donde se efectuará el trasplante y será ejecutado por un equipo de médicos especialistas en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del presente Reglamento."*

### *2.2.11.- Infraestructura asistencial idónea*

El centro de salud donde se verifiquen las operaciones de trasplante debe tener las instalaciones y equipos necesarios para garantizar la salud de las personas involucradas.

En relación a capacitación profesional e infraestructura, el artículo 5 del D.S. 014-88-SA establece:

*"La extracción de un órgano o de un tejido para su trasplante o injerto deberá practicarse en establecimientos de salud que dispongan de una organización y régimen de funcionamiento interno que permitan asegurar la ejecución de tales operaciones en forma eficiente y satisfactoria.*

*Dichos establecimientos deberán contar con instalaciones y equipos adecuados, tales como quirófanos, sala de recuperación y vigilancia intensiva, sala de aislamiento, laboratorios de bioquímica, inmunología, hematología y bacteriología.*

*El personal médico que ha de participar en las operaciones de extracción y de trasplante de órganos o tejidos deberá tener las calificaciones y especializaciones adecuadas.*

*Los establecimientos de salud a los que se contrae el presente artículo deben incluir ambientes e instalaciones para la conservación y preservación de órganos y tejidos destinados a trasplantes."*

### 3.- LOS RIESGOS EN ACTIVIDADES DEPORTIVAS O CONTRACTUALES

Existen actividades deportivas y laborales que constituyen un peligro para la vida o la integridad física del ser humano. Y en esto es preciso distinguir dos aspectos:

Uno es el constituido por las actividades deportivas que se realizan por libre albedrío, sin que exista obligación de realizarlas. Tal es el caso de ciertos deportes de velocidad (carreras de autos, botes o motocicletas entre otras), o del alpinismo, box, paracaidismo, etc.

Lo característico en estos casos es que el sujeto realiza estas actividades porque lo quiere. Puede dejarlas de practicar, o suspender su práctica a mitad del camino, sin que nadie le pueda exigir jurídicamente lo contrario.

En estos casos, por lo tanto, el único límite es o bien que dichas actividades estén prohibidas, o bien que haya que cumplir determinados requisitos para ejercitarlas. Aquí, en otras palabras, nos estamos guiando por el principio de la libertad individual, recogido en el literal a) del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que dice: "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*"

El otro es el ámbito de las relaciones contractuales (incluidas en ellas las laborales), dentro de las que existe riesgo para la vida o la salud de la persona. La diferencia estriba en que, como señala el artículo 1361 del Código Civil:

*"Código Civil, artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

(...)"

En principio, por consiguiente, los contratos que contienen peligros para la vida o la salud debieran ser cumplidos. Como en ello están en juego los derechos señalados, entonces se produce una especie de colisión en el Derecho: ¿Qué protegemos, los derechos de la personalidad, o la validez de los contratos?

Presentada así la cuestión, uno se inclinaría por la respuesta más simple: hay que proteger los derechos sobre los contratos porque no puede haber principio jurídico mayor que la defensa de la vida y la salud del ser humano.

Sin embargo, las cosas no son tan simples porque, además de que el cumplimiento de los contratos es algo importante en el Derecho (aunque es cierto, de mucha menor jerarquía que los derechos a la vida o a la salud), pueden estar concurriendo las siguientes circunstancias:

- La actividad peligrosa de que se trate es la profesión del contratante por lo que, si damos prioridad absoluta a los derechos a la vida y la salud, estaríamos poniendo en condición de verdadero privilegio a algunas profesiones. El profesional podría incumplir sus contratos de servicios o de trabajo sin expresar causa, y eventualmente podría incurrir en conductas dolosas o seriamente negligentes, injustificadas por las circunstancias, pero amparadas al mismo tiempo por una posición extrema del Derecho. Podríamos citar el caso de los buzos, de quienes apagan incendios forestales o petroleros, de los policías, de los especialistas en demolición, de muchos de los trabajadores de los circos, etc.
- La actividad peligrosa puede ser indispensable para la sociedad. Por ejemplo, quienes investigan el SIDA en un laboratorio, o cuidan a los pacientes de SIDA de un hospital; quienes arreglan torres de electricidad derribadas; los pilotos de aeronaves, etc.
- Si bien la actividad es peligrosa, las disposiciones de seguridad que puede tomarse son considerables y dejan, en realidad, un muy pequeño margen de riesgo. Tal el caso de las tripulaciones aéreas, de los corredores de automóviles, etc.

Por lo dicho, es posible y razonable adoptar una posición intermedia que consiste en considerar obligatorios los contratos, pero hacer una excepción a la obligatoriedad en ciertas circunstancias. La norma que contiene estas prescripciones entre nosotros, es el artículo 12 del Código Civil:

*"Código Civil, 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."*

Las disposiciones son las siguientes:

1. 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, si no corresponden a su actividad habitual o, si correspondiendo a ella, no se ha adoptado las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.
2. Son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, si corresponden a su actividad habitual y se adopta las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Ambas disposiciones son correctas y, en nuestro criterio, legislan adecuadamente las varias posibilidades que pueden presentarse en relación a los contratos que implican peligro para el ser humano.

Complementariamente a esto, está la norma del artículo 11 del Código Civil:

*"Código Civil, artículo 11.- Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a un examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud física o psíquica sea motivo determinante de la relación contractual."*

La norma está referida a aquellas actividades profesionales o laborales en las que el buen estado físico de la persona debe ser permanentemente controlado. Es el caso de militares, policías, atletas, pilotos de naves y aeronaves, entre otros.

El Código habla de «estipulaciones» y por ellas debe entenderse cláusulas de un contrato (escrito o no escrito). Es decir, el artículo declara de cumplimiento obligatorio las cláusulas contractuales en las que se produce esa obligación de someterse a examen médico. Por consiguiente, en la obligatoriedad no puede ser incorporada una decisión unilateral del

contratante. Por esto, el artículo 11 no hace sino ratificar la obligatoriedad de los contratos, reforzando, sí, la protección que el Código da a la protección de la vida y la salud.

#### 4.- INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN SERES HUMANOS O CON PARTES DEL CUERPO DE SERES HUMANOS.

Esta asunto envuelve dos problemas distintos: el de la donación de partes del cuerpo para la investigación científica, y el de la naturaleza de la investigación científica que se lleva a cabo.

##### 4.1.- Disposición del cuerpo para investigación científica.-

La norma principal ya citada antes, es el artículo 3 de la Ley 23415 que establece que *"Todo órgano o tejido de un cadáver puede ser utilizado para la prolongación o conservación de la vida humana o con fines de investigación científica."* Es decir, que el cuerpo puede ser dispuesto para investigación científica pero para después de la muerte. No hemos encontrado ni en el Código Civil, ni en la ley 23415, ni en la ley 24703, ni en el Decreto Supremo 014-88-SA, norma alguna que permita la disposición del cuerpo para fines de investigación.

Desde luego, tampoco hemos encontrado prohibición. Por ende, aquí nos encontramos ante uno de los muchos enigmas interpretativos del Derecho, que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

- Existe una norma según la cual las partes de un cadáver pueden ser utilizadas con fines de investigación científica.
- No existe norma sobre la disposición en vida para la investigación científica.

Es evidente que puede disponerse el cadáver para la investigación científica. Esto queda clarísimo del artículo 3 de la ley 23415, y también es claro (aunque de manera eufemística) del artículo 8 del Código Civil cuando dice que la disposición del cuerpo para después de la muerte beneficia a *"instituciones científicas, docentes (...)"*

La pregunta difícil de responder es: ¿Puede disponerse del cuerpo en vida para fines de investigación científica?

Jurídicamente hay dos respuestas posibles:

1. Sí se puede, salvo que sean partes no posibles de disponer para trasplantes homólogos. La razón es evidente: si no se puede disponer de dichas partes para favorecer a la vida de otro ser humano, menos aún se podrá disponer para favorecer la investigación. En síntesis, se podrá disponer de las partes renovables y separables. Aún en este caso, si las partes no están separadas, no hay obligación de separarlas según las reglas de la ejecución de obligaciones y teniendo en cuenta, particularmente, la excepción del inciso 1 del artículo 1150 del Código Civil, en referencia a la ejecución forzada de la obligación de hacer.
2. No se puede, porque al haberse establecido expresamente que procede la donación de partes del cadáver, se ha prohibido (a contrario) donar en vida. Esto supone la aplicación del argumento a contrario.

De lo que hemos dicho hasta aquí, estimamos que la respuesta correcta tiene dos aspectos. El primero, en respeto del principio constitucional de «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», es posible disponer de las partes renovables separables para investigación científica. El segundo, la causa final del contrato de disposición en ese caso, es fundamental, es decir, que no se puede donar partes renovables y separables para cualquier tipo de investigación, sino sólo para aquella que es aceptable. Esto nos lleva al siguiente punto.

#### *4.2.- Naturaleza de la investigación científica que se lleva a cabo.*

La regla ética existente, es aceptar la investigación científica para fines de mejora de la vida humana existente. No es ético modificar los cánones dentro de los cuales es dada la vida. El asunto tiene detalles.

Por ejemplo, de acuerdo a esta concepción sería ética toda investigación en relación a la supresión del dolor físico. Pero sería antiética una investigación referida, por ejemplo, a estudios genéticos de cómo producir mejores soldados en probeta, juntando los óvulos y espermatozoides ideales para «fabricar» el tipo de humano que «se necesita» para labores castrenses. Las dos expresiones puestas entre comillas se refieren a mani-

pulación de la especie humana con fines subalternos y eso no parece adecuado a la especie misma.

Sin embargo, sí será aceptable por ejemplo, un estudio genético que busque eliminar el mongolismo o alteraciones análogas. En cierta medida, esto último es también manipulación, pero en el sentido positivo de la ciencia que es mejorar la vida del ser humano.

En definitiva, no hay una respuesta total, cabal y acabada sobre el problema. La doctrina, la subsecuente legislación y la jurisprudencia, tendrán que abordarla en el futuro, de acuerdo a sus especialidades e intereses, para buscar una posición jurídica crecientemente armónica frente al problema.

Desde luego, la decisión de disponer del cuerpo, y la naturaleza de la actividad investigativa, están estrechamente relacionadas con las condiciones de vida y la moral social de cada entorno.

### *Artículo 13*

*"Código Civil, 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."*

Estamos hablando de la disposición del cadáver de una persona que, en vida, no dispuso de él ni afirmativa ni negativamente. Ante esta circunstancia, el artículo da la disposición del cadáver al cónyuge y los parientes en una gradación excluyente que tiene en primer lugar al cónyuge; en segundo lugar a los descendientes; en tercer lugar a los ascendientes y en cuarto a los hermanos. La disposición permitida es sobre la necropsia, la incineración y la sepultura. Como hemos visto, la legislación sobre trasplantes, y el artículo 10 del Código, dan a los mismos cónyuge y parientes la atribución de resolver sobre la disposición del cadáver con fines de prolongación de la vida o de investigación y otros de interés social.

El o la cónyuge es una sola persona y excluye a todos los otros. Por tanto, en esta decisión no se presenta problema alguno.

Sin embargo, cuando entramos a considerar a las demás personas previstas, podemos darnos cuenta que hay que saber si basta la mayoría de voluntades concurrentes, o si es que tiene que haber acuerdo total.

El Código no soluciona el problema, ni establece norma supletoria a la voluntad del cónyuge o de los parientes llamados a decidir. Por consiguiente, se trata de integrar una norma al respecto.

Para ello habría que tomar en consideración lo siguiente:

- Probablemente, no se trata de citar a *todos* los parientes en cada grado porque al ser decisiones sobre un cadáver, tienen que ser tomadas rápidamente (sobre todo si se trata de la disposición de partes del cuerpo para transplante). Esto hace que no nos hallemos ante un grupo definido de personas que tienen decisión con quorum de instalación, etc., sino ante un grupo más o menos amorfo y circunstancial que será consultado sin muchas formalidades. Es obvio, por lo demás, que las consultas las harán los médicos y eventualmente, alguna autoridad pública que esté presente, si es el caso. No parece, por consiguiente, que un requisito de unanimidad en estas circunstancias sea lo más recomendable.
- Los parientes pueden disentir entre sí en más de dos posibilidades. Sólo elegir el cementerio donde serán enterrados los restos puede dar pie a varias posibilidades. Por consiguiente, la hipótesis de que la ley busca la unanimidad tampoco parece emerger de este ángulo del problema.
- Al hablar de ascendientes y descendientes se está dando participación a parientes de distinto grado. Parecería un poco absurdo, por ejemplo, que un nieto recién llegado a la mayoría de edad bloqueara una decisión unánime de sus tíos sobre el cadáver de su abuelo. Tampoco aquí se abona en pro de la unanimidad.
- La solidaridad que significa donar partes de un cadáver para los fines para los que ello puede hacerse es muy importante para hacerla pender de la unanimidad de parientes. De hecho, el principio que ha adoptado la legislación sobre transplantes en el Perú es el de facilitar la utilización de las partes del cadáver: siempre que es posible, la solidaridad de donar se presume cuando no ha habido expre-

sión de voluntad en vida por parte del fallecido de cuyo cadáver se trata.

Frente a estos argumentos, puede esgrimirse a favor de la unanimidad que se trata de restos mortales que merecen respeto y piedad como señala la legislación. Sin embargo, todo ello puede hacerse también mediante una decisión mayoritaria, sobre todo, si en cualquier caso hay que respetar las normas de orden público aplicables (parte final del artículo 13).

En consecuencia, pensamos que cuando se trata de parientes, en este artículo no debe entenderse acuerdo unánime, sino por mayoría. Sin embargo, somos concientes que esta opinión es discutible y que lo más adecuado es que el Código diga expresamente de qué se trata y, dado el caso, cuál es la norma supletoria para los desacuerdos de los parientes.

La referencia a las «normas de orden público pertinentes» en la parte final del artículo merece los siguientes comentarios:

1. Las decisiones de cónyuge o parientes no pueden ir contra las normas de orden público existentes en relación al cadáver, su necropsia, incineración y sepultura. Las decisiones que contraríen esto serán nulas por mandato del artículo V del Título Preliminar del Código Civil y del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil.
2. Las normas de orden público a que se hace alusión en este artículo serán evidentemente legislativas, pero también las provenientes de otras fuentes, según el peso que tienen en el orden jurídico vigente en el Perú.<sup>10</sup>
3. Llama la atención que no se prohíba aquí el tomar decisiones contra las buenas costumbres, cuando es una tónica general del Código y está expresamente establecido en los artículos V del Título Preliminar y 219 inciso 8 del Código Civil. Por lo demás, en la disposición de un cadáver puede haber multitud de circunstancias en que se agravie las buenas costumbres.

---

10 Sobre el tema de las fuentes del Derecho en el Perú no desarrollaremos ideas aquí. Nuestras opiniones sobre el punto están en RUBIO CORREA, Marcial... *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho*.- Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.- Parte III

Como hemos sostenido en otro trabajo,<sup>11</sup> es razonable pensar que las buenas costumbres forman parte del orden público y, en tanto normas consuetudinarias, están incorporadas en el artículo 13 que comentamos. Desde luego, lo más adecuado sería que el Código tuviera un lenguaje uniforme y juntara en todos los artículos la mención al orden público y las buenas costumbres, o se limitara exclusivamente a hablar del orden público entendiendo subsumidas en él a las buenas costumbres.

4. El efecto de decisiones contrarias al orden público, como hemos dicho, es la nulidad, esto es, jurídicamente no deben ser cumplidas y, si ya lo fueron, deben ser eliminados sus efectos. Sin embargo, muchas veces la decisión tomada y ejecutada, será inmodificable por la naturaleza de las cosas. En tal caso, el Código no prevé sanción efectiva y, por consiguiente, esas decisiones quedarán firmes.

#### *Artículo 14*

*"Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden."*

El derecho a la intimidad fue recogido en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución y aquí se le da un desarrollo adicional, lo que es correcto porque se trata de otro derecho de la personalidad que cae dentro del ámbito que regula el Derecho Civil.

El derecho a la intimidad consiste en que todos deben guardar reserva de los detalles de la vida de cada uno de los demás, en cuanto pertenecen a la esfera de su vida individual o familiar. Hay que notar que la intimidad tiene dos componentes que están vinculados pero que son distintos entre sí:

- La intimidad de la vida personal que corresponde al círculo individual de cada ser humano. Es toda la cotidianidad de su vida, sus

---

11 Ver: RUBIO CORREA, Marcial ... *La invalidez del Acto Jurídico*.- Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.- p. 129

características personales, sus usos, sus relaciones sociales y emocionales, preferencias y demás elementos que pertenecen a su esfera privada.

- La intimidad de la vida familiar que es el conjunto de relaciones de los miembros de la familia entre sí y la manera como a su vez, esa familia se relaciona con terceros. Comprende, en síntesis, todos los rasgos de la vida de cada familia humana en su esfera privada.

Se tratan en conjunto porque en los seres humanos la vida personal y familiar se entrecruzan de manera permanente y, en realidad, sería muy difícil aislar al individuo de su medio familiar y, consiguientemente, será imposible aislar su intimidad personal y familiar en todos los aspectos.

La intimidad no debe ser confundida con el honor (autoestima) ni con la buena reputación (estima de los demás hacia mí). La intimidad se violenta cuando un aspecto de la vida personal o familiar es dado a conocer sin el asentimiento de la persona o, si ella ha muerto, de su cónyuge o parientes, según el caso y jerarquía establecida en el artículo 14.

La intimidad es vulnerada, inclusive, si el detalle divulgado sin consentimiento favorece o enaltece a la persona o a su familia. No se trata de lo bueno o lo malo, sino del hecho que la intimidad debe mantenerse encerrada, fuera de circulación de las informaciones de terceros, a menos que los propios miembros de la familia o el interesado, sean los que la divulgan o autorizan para hacerlo.

La intervención de los parientes cuando la persona falleció, tiene las mismas características, y merece los mismos comentarios, que en el artículo anterior.

Es evidente, en este caso, que el derecho a la intimidad sobrevive a la persona misma, pues desaparecida ésta, el derecho a su intimidad personal y familiar sigue custodiado.

Hay que notar que no se trata de la misma situación que la herencia: en el ámbito sucesorio, de lo que se trata es de garantizar que los bienes sean entregados a los herederos en cumplimiento de un hecho que quedó cabalmente configurado al momento de la muerte del causante, y que sólo resta por descubrir, precisar y determinar. En la herencia, por

consiguiente, la persona ya murió y no tiene más derechos. Al contrario, aparecen los derechos de sus herederos.

En el caso del artículo 14, es su intimidad la que sigue en vigencia (pueden ser, perfectamente, convicciones individuales o características muy particulares de vivir) que no pueden ser divulgadas libremente una vez que esa persona ya no existe.

Por consiguiente, aquella versión simplificada del artículo 61 en el sentido que la muerte pone fin a la persona y que, por consiguiente, se terminan las imputaciones a dicho ser humano que fue, merece ser re discutido. En materia de intimidad (como de imagen y de voz según veremos luego), hay ciertos derechos a la reserva de lo que perteneció a la persona hoy muerta.

### *Artículo 15*

*"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 ese 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 corresponden."*

La voz no requiere mayor descripción. La imagen es el aspecto físico de la persona, o la representación de él. Nótese que no es sólo el aspecto físico sino cualquier reelaboración o representación a través de las cuales la persona pueda ser identificada. Se incluyen en la imagen, entre otros, los siguientes elementos:

- La fotografía, la pintura y la película donde aparece el ser humano físicamente.
- El dibujo y la caricatura.

- La silueta.
- Los rasgos característicos o los defectos físicos visibles.
- Los gestos y las actitudes físicas.

Dos reglas han sido establecidas en este artículo:

1. La primera está al final del artículo y en nuestro concepto dice que si la utilización de la imagen o la voz atenta contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden, entonces sólo puede hacerse con asentimiento de dicha persona, o de los demás con capacidad de autorizar si ella ha muerto.
2. La segunda regla tiene que tener siempre en mente a la anterior y consiste en que en que la imagen y la voz no pueden ser utilizadas sin consentimiento del interesado, o de los demás con capacidad de autorizar si ha muerto, pero sí se las puede utilizar sin el consentimiento de ellos en cualquiera de los siguientes casos:

- 2.1. Cuando la persona tiene notoriedad y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Las personas que tienen notoriedad son las conocidas socialmente por lo que ellas mismas son: artistas, líderes, pensadores, deportistas, etc. Estas personas tienen una dimensión privada de su vida que está sujeta a la intimidad y otra dimensión que es pública. En esta última caben sus actuaciones, sus conferencias de prensa, sus discursos, sus opiniones al pasar por la calle o por un set de televisión o de radio.

La intimidad de las personas que tienen notoriedad debe ser tan respetada como la de aquellas que no la tenemos (aunque no se la suela respetar porque es muy buen -y censurable- negocio divulgarla). Hay que tener en cuenta que la excepción que se hace en el artículo 15 se refiere a la imagen y la voz, no a la intimidad.

La dimensión pública puede ser divulgada si se realiza en cere-

monias de interés general que se celebren en público. Esto último, todavía, merece una precisión: no todo lo que una persona de notoriedad hace en público puede constituir parte de la excepción, sino sólo lo que haciéndose en público, tiene interés general. Si un connotado escritor, por ejemplo, va a un sitio tan público como la playa en verano, eso no tiene interés general y, por consiguiente, no pueden utilizar ni lo que allí dijo, ni la imagen de lo que allí sucedió a menos, naturalmente, que él lo autorice.

- 2.2. Cuando la persona desempeña un cargo importante y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

El cargo importante no supone que la persona que lo ocupa sea ella misma de notoriedad. Suele suceder que los cargos importantes sean ocupados por personas de notoriedad, pero existen excepciones a la regla.

Lo que aquí permite el Código es que se informe sobre hechos y declaraciones que protagonizan personajes con una posición formal destacada en la sociedad siempre que sean realizados en hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Como en el apartado anterior, no hay que confundir la intimidad con la imagen y la voz. Tampoco hay que pensar que todo lo que de voz o de imagen hacen en público, puede ser automáticamente divulgado y hay una anécdota significativa: el ex-Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, Henry Kissinger, fue una persona muy comunicativa con la prensa. Inclusive, muchas veces bromeó con ella en relación a detalles de su vida privada. Un día, entre sus múltiples viajes, se hizo tiempo para visitar un lugar del holocausto judío de la Segunda Guerra Mundial, en el que habían sufrido sus antepasados. La prensa lo acompañó pretendiendo tomarle declaraciones y fotografiarlo, pero Kissinger les dijo que por favor se mantuvieran al margen. Así ocurrió porque, a pesar de tratarse de un personaje muy notorio visitando un lugar público, el evento no era de interés general sino que pertenecía a la intimidad que debía ser respetada.

- 2.3. Cuando se trate de hechos de importancia o interés público y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Puede aún ocurrir que se trate de circunstancias en las que los seres humanos involucrados ni tienen notoriedad propia ni ocupan cargos importantes, pero el evento público en el que participan tiene interés general. Suele ser el caso de tomas gráficas o declaraciones a propósito de actos públicos (acciones sociales positivas y relevantes, mítines políticos o campañas electorales entre otros), de desastres naturales (inundaciones, terremotos, etc.), de accidentes o muertes causadas por los propios seres humanos (accidentes de tránsito, homicidios, asesinatos políticos, etc). En fin, podemos imaginarnos muchas circunstancias, para bien o para mal, en las que el interés es general y por tanto puede hacerse la excepción.

Nuevamente, sin embargo, es preciso tener en cuenta que imagen, voz e intimidad son derechos distintos. Así, por ejemplo, puede ser de indudable interés general el dar cuenta en imágenes y voz de un asesinato político en cuanto hecho. Sin embargo, pretender declaraciones de los familiares de la víctima cuando no quieren hacerlo, o pretender ingresar al velorio privado, o al entierro mismo si también es privado, es violentar la intimidad porque son eventos que tienen que ver con mucho de lo esencial de las relaciones privadas humanas de los sobrevivientes de la familia, entre sí, y con los restos mortales del fallecido.

Tener en cuenta estas cosas es muy importante en el Perú donde, desgraciadamente, la violencia existente durante la última década ha llevado a distorsiones terribles al informarse del dolor humano a través de los medios de comunicación. Si bien el derecho de informar y de ser informado existe, la ponderación en la forma cómo se hace es tan importante como esos derechos porque, al frente, está el derecho a la intimidad de otros que suele resultar agraviado. (Y, desde luego, también el impacto que tiene en la insensibilización frente a la violencia pero eso, aunque no puede dejar de ser anotado, no pertenece a la materia de este trabajo).

- 2.4. Cuando sea positivo por motivos de índole científica y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Entendemos que un motivo de índole científica tiene como causa final el avance de la ciencia y desde luego, de la técnica aunque no esté expresamente considerada aquí. Divulgar detalles de un terremoto puede ser importante para conocer mejor los efectos de los movimientos telúricos, o para diseñar mejor las construcciones, por ejemplo. Podrá por tanto mostrarse imágenes o voces que contribuyan a dar luz en estos aspectos.

El avance científico, sin embargo, tiene sus propios cenáculos: las academias de ciencia, las universidades, los laboratorios, etc. La divulgación a que se autoriza para fines científicos debe realizarse dentro de esos y otros recintos similares, pero no alcanzar a la sociedad en su conjunto que, desde luego, no tiene como función esencial hacer avanzar la ciencia (o la técnica).

Como en los casos anteriores, esta divulgación de imágenes y voces no es excepción al derecho a la intimidad que deberá ser resguardado hasta donde sea compatible con el avance científico que se promueve.

- 2.5. Cuando sea positivo por motivos de índole didáctica y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

La didáctica es la enseñanza y, por consiguiente, para estos fines también se podrá utilizar la voz y la imagen. Es el caso de usar trozos de discursos para clases en colegios o universidades, o incluso de utilizar imágenes donde hay que aprender de ellas (escuelas de artes plásticas, por ejemplo). La intimidad deberá ser protegida hasta donde sea compatible con la finalidad didáctica.

- 2.6. Cuando sea positivo por motivos de índole cultural y la voz y la imagen que van a ser utilizadas pertenecen a hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Motivos de índole cultural tienen que ver con todo un amplio campo de la vida humana. Desde luego, aquí entran las llamadas manifestaciones culturales y artísticas que son conceptos de uso común pero, adicionalmente, hay que considerar todo lo que puede ser entendido como cultura.

El concepto de cultura tiene múltiples definiciones. Nos parece particularmente interesante la que da Juan Ansión: "(...) *asumimos que en el enfrentamiento de los hombres con la naturaleza y con los demás hombres, se generan en el mismo acto: 1) productos materiales, 2) organización social, 3) conocimientos. Utilizaremos el concepto de cultura para designar este tercer nivel, con una advertencia importante: por «conocimiento» no nos referimos solamente al conocimiento científico, sino a todo tipo de apropiación de lo real, incluyendo el conocimiento «práctico», el conocimiento religioso, el conocimiento artístico. El proceso por el cual una sociedad elabora su conocimiento por el pensamiento y por la acción es, pues, su cultura. Esta, además de los conocimientos adquiridos, comprende sobre todo una manera particular de producir conocimiento, es decir, una manera particular de apropiación de lo real por el pensamiento y por la práctica.*"<sup>12</sup>

Por consiguiente, los motivos culturales por los cuales puede utilizarse la voz o la imagen de la persona son numerosos y variados. Esto se hace más complejo aún en países como el Perú, donde coexisten varias culturas todas las cuales tienen derecho de preservarse, desarrollarse y, desde luego, expresarse. La Constitución, en su artículo 34 dice: "*El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía.*"

Todos estos fenómenos tienen que ser tomados en cuenta al aplicar la norma que comentamos.

---

12 ANSION, Juan ... *Violencia y cultura en el Perú* En: VARIOS AUTORES. *Siete Ensayos sobre la violencia en el Perú.* - Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz y Fundación Friedrich Ebert editores, cuarta edición, 1989.- p. 63.

Finalmente, un breve comentario sobre los hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Hay que notar que la norma exige la concurrencia de los dos requisitos: interés general y ceremonia pública.

Podemos plantearnos muy fácilmente, frente a esto, cuatro posibilidades:

- Celebración en público y de interés general.- Es el caso de un mitin político.
- Celebración en público y de interés privado.- El entierro de un ser querido.
- Celebración en privado y de interés general.- Muchas veces los organismos públicos lo hacen: sesión privada del Congreso, etc. También puede convocarse un congreso de expertos sobre un tema de interés general, pero que trabaja a puertas cerradas.
- Celebración en privado y de interés privado.- Una reunión familiar dentro de casa.

De estas, sólo la primera posibilidad constituye excepción. Desde luego, no será fácil clasificar dentro de las cuatro posibilidades anteriores, la infinita gama de posibilidades que se presentan en la vida real, pero los grandes criterios que deben iluminar nuestro trabajo son estos.

## Artículo 16

*"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."*

La Constitución consagra también la inviolabilidad de papeles y comunicaciones, aunque su texto es algo diverso:

*"Constitución, artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

*(...)*

8. *A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones.*

*La correspondencia sólo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.*

*Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.*

*(...)"*

En base a la norma constitucional, que tiene jerarquía superior a la del Código Civil, puede apreciarse lo siguiente::

- Las comunicaciones telefónicas no pueden ser intervenidas (a pesar de lo cual, en la realidad sí ocurre tal interferencia como ha sido insistentemente probado en el país durante todo el período de vigencia de la Constitución de 1979).
- La correspondencia, las comunicaciones telegráficas y cablegráficas sólo pueden ser incautadas, interceptadas o abiertas por mandamiento motivado del juez y se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

La redacción de la parte inicial del artículo 16 del Código Civil, leída desavisadamente, podría hacer pensar que si la correspondencia epistolar, las comunicaciones o las grabaciones no tienen carácter confidencial ni se refieren a la intimidad de la vida personal y familiar, sí pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor. Esta sería una inconstitucional aplicación del argumento a contrario, porque aún en estos casos, la Constitución prohíbe la violación de la reserva sobre dichos documentos o comunicaciones.

A la inversa, la redacción del artículo 16 daría la impresión de que la interceptación de cartas y comunicaciones que tienen carácter confidencial o que se refieren a la intimidad, sólo puede ocurrir con asentimiento de los interesados, lo que tampoco es cierto porque el Juez puede ordenar dicha interceptación aún contra la voluntad de los interesados de acuerdo a la Constitución (y a otras normas complementarias de menor rango).

De forma tal que la redacción del artículo 16 del Código Civil ha tenido poco en cuenta el artículo 2 inciso 8 de la Constitución y un adecuado trabajo de fuentes exige que manejemos siempre en conjunto estas dos disposiciones (sabiendo, desde luego, que prima la constitucional).

Hechas estas aclaraciones iniciales, pasemos a ver el texto mismo del artículo 16 y su significación. Las normas básicas que contiene son las siguientes:

- La primera es que 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.

Dos cosas son importantes aquí. La primera es que esta correspondencia y estas comunicaciones sí pueden ser interceptadas por el juez de acuerdo a ley, aún contra la voluntad del interesado. La raíz de esta afirmación está en el artículo 2 inciso 8 de la Constitución.

La segunda, que es una virtud de este dispositivo consiste en que cuando los textos, comunicaciones o grabaciones de que se trate han tenido emisor y receptor, entonces no pueden ser divulgados por sólo uno cualquiera de ellos, sino que tiene que haber el acuer-

do de ambos (o de todos si son más). Esto es evidente desde que, por ejemplo si hablamos de una carta con información confidencial, una vez hecha pública todos sabrán que ambos compartieron dicho secreto y puede ser que el que no aprueba la publicación tenga sólidas razones para no querer que se sepa que compartía tal información.

La norma se refiere a dos circunstancias distintas: intimidad de la vida personal y familiar que ya la hemos desarrollado antes y, «carácter confidencial».

El "carácter confidencial» tiene que ser dado por la misma persona que emite la comunicación, por la que la recibe o por ambas. Desde luego, lo secreto es la carta o comunicación misma pero no el contenido de ella, que puede ser dado a conocer a terceros o en general, siempre y cuando no se haga mención que fue comunicado de una u otra forma entre dos o más personas.

Los documentos oficiales de carácter confidencial, reservado o secreto se regulan por normas distintas.

- La segunda norma establece que la publicación de las memorias personales o familiares «en iguales circunstancias», es decir, que se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar o que tengan carácter confidencial, requiere autorización del autor.

Por memorias debemos entender relatos y reflexiones relativas a la vida del autor y extensivas normalmente a su familia. En este caso, nos hallamos ante un documento que suele haber sido escrito para comunicarlo (cuando no para publicarlo). De otro lado, puede ser interesante conocer las memorias de ciertas personas de renombre o, inclusive, de personas cercanas a ellas, porque iluminan la vida de los personajes. Por ello esta regulación especial de las memorias en el Código Civil, adicional a las reglas normales de protección de la obra escrita que existen en la legislación de derechos de autor.

Un asunto importante consiste en lo siguiente: dos derechos distintos son el de la intimidad y el de autorizar la publicación de memorias. Por consiguiente, aún cuando se autorice la publicación de las memorias, la intimidad debe ser resguardada. Esto es importante

porque muchas veces, empujadas por algún editor sensacionalista que busca hacer dinero, personas oscuras lanzan como gran éxito sus memorias personales con el solo título de haber sido empleados o amantes de algún gran artista o político. El afán de lucro desmedido de ciertas sociedades hoy existentes en el mundo tolera en la práctica estos desmanes que, en realidad, son contrarios al derecho de la intimidad.

- Las autorizaciones de que trata este artículo tienen que ser dadas en primer lugar por el autor (y si fue comunicación, también por el destinatario). Si uno o ambos han muerto, el asentimiento lo tienen que dar los herederos y si no hubiese acuerdo entre ellos decidirá el juez.

Como en los casos de los artículos 13 y 14 (pero dando la atribución a los herederos en vez de a quienes nombran estos dos artículos), el Código no dice si tiene que haber mayoría o unanimidad.

Aquí hay dos diferencias en relación a los dos artículos anteriores: las decisiones no tienen que ser tomadas con demasiada prisa (a diferencia de cuando se decide sobre un cadáver) y los herederos no son un grupo indeterminado o informe de personas, sino que son un número determinado que, inclusive, es declarado por los tribunales a través de procedimientos expresos.<sup>13</sup>

De tal forma que en este caso, en primer lugar, deberán ser convocados todos los herederos y no sólo algunos o los que estén más a disposición. En segundo lugar, ellos tendrán que decidir, pero no se sabe si por unanimidad o por mayoría. En la medida que las posibilidades parecen ser «sí publicar» o «no publicar» entonces da la impresión que si no hay unanimidad decide el juez. Esto abonaría a interpretar este artículo como reclamando la unanimidad de los herederos para autorizar la divulgación. En todo caso, lo saludable sería que el Código corrigiera esta deficiencia normativa y se dictara una norma específica sobre este tema dentro del artículo 16.

- Finalmente, el Código establece que la prohibición de publicación

---

13 Compartimos en esto la opinión expresada por el autor en el siguiente texto: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos ... *Derecho de la Persona.*- p. 64.

póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

En el contexto de las normas anteriores, este dispositivo tiene dos interpretaciones posibles:

- a. Una es la literal, es decir, que autor o destinatario no pueden prohibir para más de cincuenta años la publicación y, en caso que así lo hicieran, el plazo debe ser reducido a los cincuenta años antedichos. A partir de este plazo, los herederos pueden autorizar o no la publicación.
- b. Otra es aplicar el argumento a contrario diciendo: si la prohibición sólo puede durar cincuenta años, entonces a partir de ese momento la publicación es posible y libre, es decir, ya no hay que pedir autorización a nadie. La diferencia entre esta interpretación y la anterior no es poca cosa, sobre todo tratándose de material importante para la historia (pequeña o grande).

Es evidente que la redacción del código es ambigua al permitir ambas posibilidades. Sin embargo, hay que notar que, normalmente, cincuenta años después de la muerte, muchos de los herederos habrán ya fallecido (hermanos, cónyuge y tal vez hasta descendientes de primer grado). Esto, si suponemos que quien hizo las cartas o escribió las memorias o hizo las grabaciones (que tanta importancia tienen para ser publicadas cincuenta años después), contaba al morir, digamos, con veinticinco años. Entonces, da la impresión que la naturaleza de las cosas parece aconsejar que la interpretación correcta es la segunda, es decir, que luego de terminado el plazo de prohibición, ya no hay que pedir permiso a nadie para la publicación. (Desde luego, el tema de los derechos de autor, materiales e inmateriales, es asunto que se regirá por la ley de la materia. Aquí no hemos hablado de autorías y derechos, sino sólo de la posibilidad de publicar o no, que es a lo que se limita el Código Civil).

#### *Artículo 17*<sup>14</sup>

*"Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la*

---

14 El comentario de este artículo es, en esencia, el que hicimos a propósito de este artículo

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

*La responsabilidad es solidaria."*

El artículo establece acción para los casos en los que se ha violado derechos de la persona que establece el título II de la Sección I del libro I del Código Civil. No establece en el texto mismo, la posibilidad de prevenir la amenaza de los derechos como sí lo hace, por ejemplo, el artículo II del Título Preliminar con relación al abuso. La acción es conferida al agraviado o a sus herederos, con lo que no se aplicaría en este caso la extensión de legitimación procesal que establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil en beneficio de los familiares.

El segundo párrafo tiene una redacción enigmática porque permite suponer que, en adición a la cesación de los actos lesivos puede proceder una reparación pecuniaria que debe operar solidariamente. Esto equivale a decir que el texto del segundo párrafo se pone en el caso de responsabilidad civil asumida por más de un sujeto, única hipótesis en la que cabe aplicar las reglas de la solidaridad en las obligaciones. Cabe señalar que Carlos Fernández Sessarego apunta que "*el texto no menciona el caso de la lesión a los derechos de la persona producido por un solo agente*"<sup>15</sup>. Sin embargo, creemos que de la ratio del dispositivo puede bien entenderse que también habrá responsabilidad civil cuando el causante del daño fuere un solo sujeto.

Este dispositivo debe ser necesariamente concordado con el artículo 1985 del Código Civil que dice:

*"Código Civil, artículo 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.*

---

en *La extinción de acciones y derechos en el Código Civil.*—Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.—pp. 105 a 110.

15 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano. Derecho de las Personas.* En: *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios.* Lima, compiladora Delia Revoredo de Debakey, 1985, p. 95.

(...)"

Este último artículo, en adición a los daños clásicos, añade el correspondiente a la persona, sobre el que existe polémica en nuestro medio.

Fernández Sessarego dice al respecto: "*Las repercusiones del daño no patrimonial o daño a la persona son múltiples, como diversos son los derechos de la persona tutelados por la Constitución y el Código. Se puede atacar contra el proyecto de vida de una persona, perturbar o alterar su equilibrio psíquico, interferir sin fundamento en su intimidad, lesionar su honor, atribuirse la paternidad de un objeto de su creación, dañar su prestigio, imputarle acciones que no le pertenecen, obstaculizar el libre desarrollo de su personalidad, entorpecer su vida de relación. En todas estas hipótesis, y en aquellas otras que puedan imaginarse, suele a menudo presentarse, al lado de un daño patrimonial-daño emergente o lucro cesante otro de orden no patrimonial digno de reparación en términos de justicia. Aparte, claro está del daño moral entendido como dolor de afección, pena, sufrimiento.*"<sup>16</sup>

Este daño a la persona sería reparable pecuniariamente, a pesar de que es imposible valorizarlo en el sentido estricto del término, es decir, es imposible encontrar su equivalencia en dinero. No obstante, Fernández Sessarego fundamenta la procedencia de esta reparación diciendo:

"(...) la reparación en dinero del daño no patrimonial tiende fundamentalmente a penalizar pecuniariamente al agente ofensor y, simultáneamente y en ciertos casos, a satisfacer un sentimiento de venganza de parte del agraviado. En otra dimensión la reparación civil puede cumplir una finalidad disuasiva, que desaliente la comisión de este tipo de daño en agravio de la persona. A nuestro entender, la reparación del daño no patrimonial ocurre una múltiple función ya que, según sea el caso, actúa a la vez como un modo de satisfacción a la víctima, una sanción económica al agresor y de elemento disuasivo. Es decir, reúne o combina, en diferente dosis o proporción, según el caso, elementos puestos de relieve por las diversas posiciones brevemente analizadas."<sup>17</sup>

---

16 *Ibidem.*— p. 88.

17 *Ibidem.*— pp. 89-90.

Para Fernando de Trazegnies, en cambio, el daño a la persona es una categoría innecesaria: "(...) *para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada (el artículo 1985).*"<sup>18</sup>

Refiriéndose a las precisiones que en torno al concepto hace Fernández Sessarego, y que hemos transcrito antes, dice Trazegnies lo siguiente:

*"Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión "daño moral") para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial. El Proyecto del Código Franco-italiano de las obligaciones ilustra el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos "lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto; dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima". Lalou y Azard nos dicen clara y directamente que la distinción entre daño material y daño moral corresponde a esa gran división de derechos entre los derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia). Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral."*<sup>19</sup>

Y luego de decir que no se trata de defender la expresión no feliz de "daño moral", expresa:

*"Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición."*<sup>20</sup>

---

18 TAZEGNIES, Fernando de... *La responsabilidad extracontractual*.— Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, Parte IV; Título I; Capítulo II; pp. 428 y siguientes del tomo II

19 *Ibidem*.— Parte II; Título VII; Sección III; p. 109

20 *Loc. cit.*

A no dudarlo, la discusión entre dos juristas de prestigio como los citados, continuará. Lo que es evidente es que de ambas argumentaciones aparece un conjunto de matices interesante en torno a la protección de la persona y eso es lo que pretendemos rescatar: no se trata sólo del sufrimiento o del dolor cuando se afecta los derechos de la personalidad. También existe un conjunto de valores de la personalidad que entran en juego y que deben ser materia de protección y, dado el caso, de traducción a un valor reparable. El espectro de lo que puede perseguirse con la interposición de la acción contenida en el artículo 17, concordado con el 1985, es sumamente rico y debe merecer la atención del profesional del Derecho.

Fernández Sessarego añade algunas críticas interesantes al artículo 17 y que compartimos:

*"Omisiones del artículo 17 dignas de anotar, son las que se refieren a no haber contemplado, de modo expreso, la posibilidad de la acción inhibitoria para prevenir la culminación de un daño a la persona, la ausencia de una clara alusión al derecho a exigir la reparación del daño, la falta de toda referencia a los diversos daños susceptibles de reparación civil, el retaceo que significa el uso de una fórmula extremadamente concisa e insuficiente ante la innegable importancia del tema materia del artículo."*<sup>21</sup>

Indica que, para suplir la parquedad y estas omisiones del artículo 17, el juez deberá recurrir al artículo 295 de la Constitución (acción de Amparo), además de a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, en la medida que complementan la regla del artículo que tratamos.<sup>22</sup>

Sin embargo, la referencia a la acción de Amparo plantea otro problema conceptual frente al artículo 17 del Código Civil porque la acción que éste contiene está claramente definida en la legislación (ver la referencia posterior al Decreto Legislativo 310) y por tanto, bien puede ser entendida como una vía paralela a la acción de Amparo, y por tanto excluyente de ella, por el inciso 3 del artículo 6 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley 23506 del 7 de diciembre de 1982), según el cual

---

21 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Op. cit.*— p. 94.

22 *Loc. cit.*

no proceden las acciones de garantía constitucional cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

Entonces, la persona cuyos derechos han sido vulnerados, está en la alternativa de recurrir a la Acción de Amparo o a la del artículo 17, pero no a ambas. Esta es una situación que no ha sido tomada en consideración al dictarse el Código Civil y sus normas procesales, que son posteriores a la Ley 23506 si de lo que se trataba era de abrir dos vías que putieran utilizarse concurrentemente.

El Decreto Legislativo 310 del 12 de Noviembre de 1984 ha establecido diversas reglas procesales importantes respecto a la acción del artículo 17:

*"Decreto Legislativo 310, artículo 3.- Para la aplicación del artículo 17 del Código Civil, rigen las siguientes normas:*

- 1. La demanda prevista en dicho artículo se interpone ante el juez de primera instancia en lo civil de turno de la provincia donde se hallen domiciliados los demandados;*
- 2. La demanda se tramita en la vía del juicio de menor cuantía;*
- 3. En cualquier estado del proceso, el juez puede disponer, a petición de parte, la cesación provisional de los actos infractorios en que se funda la demanda, si las circunstancias lo justifican. Contra esta resolución, procede el recurso de apelación sólo en el efecto devolutivo;*
- 4. Contra la sentencia proceden los recursos de apelación y nulidad."*

Queda claro que la vía procesal es la de menor cuantía, con sometimiento a las reglas de la competencia del juez que recibe la demanda, y con acceso hasta la Corte Suprema de Justicia mediante los recursos impugnatorios del caso. Importante de destacar es la posibilidad de dictar medidas cautelares a petición de parte según el inciso tercero del artículo, procediendo la apelación en un efecto<sup>23</sup>

---

23    Apelación concedida en "efecto devolutivo" o "en un solo efecto" —ambas expresiones significan lo mismo— quiere decir lo siguiente: lo que se está discutiendo en el juicio es

En lo que se refiere a la prescripción extintiva de esta acción (artículos 1989 y siguientes del Código Civil), debemos señalar que se trata aquí de acciones de naturaleza personal porque se defiende derechos de la acción de otros y, por tanto, el artículo 17 estaría sometido al plazo de prescripción de que habla el inciso 1 del artículo 2001, es decir, diez años para la acción personal. El término inicial de conteo de dichos diez años sería el momento en que comienza la violación del derecho de que se trate, salvo que sea una violación permanente, lo que equivale a decir que el plazo vuelve a iniciarse cada día mientras dura la vulneración del derecho.

No obstante, esto es incongruente con lo establecido en el propio artículo 17 que prevé «*la cesación de los actos lesivos*» como el objetivo de las acciones. Por lo tanto, es evidente que si los derechos ya hubieran sido restituidos, o si el daño que se les ha efectuado resulta irreparable, entonces la acción devendrá en improcedente y estaremos a lo que resulte de una acción por responsabilidad civil respecto de los daños producidos.

Entonces, bien vistas las cosas, esta acción no puede ser sometida al plazo del inciso 1 del artículo 2001. En este aspecto, como en muchos otros de concordancia entre la parte de prescripción y caducidad y las acciones concretas existentes, se nota deficiencia en la elaboración del Código. Por ello, consideramos que el artículo 17 trata de una acción sujeta a la condición resolutoria de que cese la violación del derecho.

En este mismo sentido, encontramos independencia entre la acción por responsabilidad civil que pudiera emerger de la situación, y la conte-

---

la vulneración del derecho de la persona según lo manda el artículo 17; el agraviado ha pedido al juez que haga cesar provisionalmente —hasta la sentencia final del juicio— los actos que considera infractorios; el juez a suspendido dichos actos y el demandado no está de acuerdo con ello por lo que ha apelado. Si la apelación es concedida "en ambos efectos", entonces se suspende temporalmente la competencia del juez sobre ese proceso y todo el expediente, es elevado a la Corte Superior para que lo revise, resuelva la apelación y lo devuelva a la instancia inferior (una vez emitida la resolución de la apelación), con la finalidad que siga el juicio. Si en cambio, la apelación es concedida "en un solo efecto", eso quiere decir que el juez sigue juzgando el expediente y que forma un cuaderno aparte con el incidente de la medida cautelar y eso es lo que eleva a la Corte Superior para que resuelva. El conceder apelación "en una vía" que le trámite del juicio se demore porque el juicio sigue mientras el tribunal superior resuelve sólo el incidente del cuaderno aparte.

nida en el primer párrafo del artículo, aunque cuando proceda ésta, podrá ser acumulada a la de daños y perjuicios<sup>24</sup>

Desde luego, la acción de responsabilidad civil emergente será de naturaleza extracontractual y se regirá por el plazo de prescripción de dos años que trae el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

### Artículo 18

"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."

Esta norma está relacionada a la primer parte del artículo 129 de la Constitución que establece:

"Constitución, artículo 129.- El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras y creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. (...)"

Estamos ante lo que se denomina la *propiedad intelectual*, que es un conjunto de derechos eminentemente espirituales, aún cuando también tienen contenido económico. El autor intelectual de una obra o una invención tiene, como primer derecho, el de ser reconocido como autor de tal obra o invención. Este es un derecho no patrimonial y dura perennemente.

Adicionalmente, y como una emanación del anterior, tiene el derecho de ponerlo en circulación económica (el escritor de permitir la edición de su libro, el músico de hacer escuchar su obra musical, etc.) Este es el aspecto patrimonial de la propiedad intelectual y generalmente las leyes restringen su duración en el tiempo. Transcurrido el lapso de protección de los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, se dice que la obra (literaria, musical, etc.), ha entrado *en el dominio público*, esto es, que puede ser utilizada o reproducida sin obligación de retribución al autor.

---

4 Acumular en este caso significa presentar en la misma demanda las dos acciones: la que reclama la cesación de los actos lesivos y la otra que pide daños y perjuicios.

Por ejemplo, los libros de José María Arguedas, están todavía en la fase de los derechos de autor y sólo pueden ser editados arreglando la obligación patrimonial con sus herederos (pues él murió hace años ya). Sin embargo, *Los Comentarios Reales* del Inca Garcilaso de la Vega están en el dominio público. Esto quiere decir que cualquiera puede editarlos sin obligación de pagar retribución alguna a nadie pero, sin embargo, siempre deberá consignar al Inca Garcilaso como autor de ellos.

La propiedad intelectual en el Perú está reglamentada por la Ley 13714 y su reglamento, el Decreto Supremo del 18 de Octubre de 1962. Ciertos aspectos de los derechos intelectuales y patrimoniales del inventor están también entre las normas de lo que se denomina *Propiedad Industrial*, y que está legislada en la parte que subsiste del Decreto Supremo 001-71-IC/DS del 25 de Enero de 1971.

Como puede bien apreciarse, la legislación sobre propiedad intelectual (y de paso también la de propiedad industrial) son muy antiguas. Este es un campo que se ha desarrollado enormemente en el mundo durante las tres últimas décadas y el Perú está largamente retrasado en la adopción de las modernas concepciones. Los derechos de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial son instrumentos poderosísimos para el desarrollo de un país (o también para perpetuarlo en el subdesarrollo). Debieran merecer mayor atención de la que han tenido en nuestro país. Desde luego, estimamos correcto que el Código Civil derive su tratamiento a leyes especiales.



### **CAPITULO III**

#### *NOMBRE*



## *Artículo 19*

*"Artículo 19.- Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos."*

El nombre es un derecho y un deber para el ser humano. Es un derecho en el sentido que cada ser humano tiene el derecho a que se le designe por un nombre, a que le sea reconocido por todos los demás, a que no le sea cambiado, y a que no le sea usurpado, es decir, que no sea utilizado por otros como si fueran él. La propia Constitución da a cada persona el derecho a un nombre propio en el inciso 1 del artículo 2.

Al mismo tiempo el nombre es un deber en el sentido que en la sociedad cada ser humano debe tener un nombre, no lo puede cambiar a su libre voluntad, y tampoco lo puede ceder bajo ninguna forma posible ni para ninguna finalidad. Sí puede, en cambio, autorizar que otros usen su nombre según veremos al tratar el artículo 27.

Todo ello se debe a que el nombre es una expresión idiomática que identifica a cada ser humano ante los demás en la sociedad. Por ello, ese ser humano tiene el derecho de ser identificado por su nombre y, a la vez, la obligación de identificarse con él. Una sociedad en la que los seres humanos no tuvieran una identidad fija se prestaría a abusos y tendría relaciones interpersonales demasiado complejas.

El nombre está compuesto de dos partes: el nombre propiamente dicho, y los apellidos que correspondan a cada persona según las normas

posteriores. La parte final del artículo indica que el nombre incluye los apellidos.

### *Artículo 20*

*"Artículo 20.- Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre."*

Según el artículo 361 del Código Civil, el hijo matrimonial es el nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución y tiene por padre al marido de su madre.

Del hijo nacido durante el matrimonio no hay mayor cosa que decir. Sobre el nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio hay que recordar que según hemos visto al comentar el artículo primero del Código en la parte del concebido, el período de la concepción ocurre en cualquier momento dentro de los primeros ciento veintinueve días de los trescientos anteriores al parto. En consecuencia, lo que se hace en esta parte del artículo es considerar que el hijo nacido hasta trescientos días después de disuelto el matrimonio, fue concebido en vida matrimonial, por la relación entre marido y mujer. La disolución del matrimonio en este caso, puede ser tanto el divorcio como la muerte del marido.

El Derecho considera que el hijo nacido en estas condiciones tiene por padre al marido como una presunción (presunción *pater ist se* la llama) que es posible invalidar mediante la negación de la paternidad por el padre (cosa que está regulada en los artículos 363 y siguientes del Código Civil).

Este hijo matrimonial debe llevar el primer apellido de su padre y el primer apellido de su madre, antecidos del nombre o nombres iniciales que le sean puestos. Como es obvio, esta forma de construir el nombre permite ver quienes son el padre y la madre. No es la única forma de construir el nombre que existe en el Derecho comparado. Las variedades existentes son muchas.

### *Artículo 21*

*"Artículo 21.- Al hijo extramatrimonial le corresponden los apelli-*

*dos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.*

*Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial."*

Según el artículo 386, el hijo extramatrimonial es el concebido y nacido fuera de matrimonio. Para que el hijo caiga en esta condición, tienen que confluír los dos requisitos anteriores.

La filiación extramatrimonial, según el artículo 387 del Código, sólo puede ser probada mediante el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad.

El reconocimiento sólo vale si consta en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento (Artículo 390 del Código Civil). Pueden hacer el reconocimiento el padre y la madre, conjuntamente o por separado, y también los abuelos y abuelas de la respectiva línea si el padre o la madre han muerto o cuando hayan desaparecido, o sufran algunas de las incapacidades señaladas en los artículos 43 y 44 (la norma sobre esto último es el artículo 389 del Código Civil).

La declaración de paternidad o maternidad por sentencia se produce en juicio de cuya acción es titular el hijo, aunque en ciertas circunstancias pueden ejercitarla (o continuarla) otras personas (ver el artículo 407 del Código Civil). Las reglas que regulan la declaración judicial de filiación extramatrimonial corren a partir del artículo 402 del Código Civil.

La norma del artículo 21 es que el hijo extramatrimonial lleva el primer apellido de cada progenitor que lo haya reconocido, o sobre el que haya caído sentencia de filiación extramatrimonial. Desde luego, si sólo es reconocido por uno de ellos, llevará su respectivo apellido.

## **Artículo 22**

*"Artículo 22.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes."*

El artículo 377 del Código Civil dice: *"Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea."* El artículo 238 del Código Civil dice: *"La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución."*

A su turno, el artículo 382 del Código dice que nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges, es decir, que en principio el adoptante es uno sólo pero los cónyuges pueden incorporar en la familia a un adoptado como hijo de ambos, lo que constituye una medida muy saludable.

Entonces, como resultado de la adopción, el adoptado lleva los primeros apellidos de su padre adoptivo y, dado el caso, de su madre adoptiva.

Las normas sobre adopción se hallan a partir del artículo 377 del Código Civil.

### *Artículo 23*

*"Artículo 23.- El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil."*

La norma es bastante clara en sí misma, no requiere mayor comentario.

### *Artículo 24*

*"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."*

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

Es necesario hacer cuatro comentarios breves:

1. Desde que la mujer se casa tiene el derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo. Este derecho permanece si hay separación de cuerpos y si enviuda, mientras no contraiga nuevo matrimonio. El derecho cesa por divorcio o nulidad de matrimonio.
2. "Llevar el apellido del marido agregado al suyo» no equivale a usar

la preposición «de» antes del apellido del marido, que tiene la connotación de pertenencia. La costumbre ha permanecido en nuestro medio pero, en rigor, la mujer puede adosar a su apellido el de su marido y nada más.

3. La mujer no está obligada a llevar el apellido del marido. Puede, estando casada, mantener íntegramente su propio apellido sin adición alguna. Esto, desde luego, incluye el derecho de usarlo y no usarlo alternativamente. En este último caso, sin embargo, la mujer se perjudicará porque no será claramente identificada por muchos.
4. El caso en el que el juez puede intervenir para resolver controversias, es sólo el de separación de cuerpos según el texto del artículo. En esta circunstancia, hay una sentencia que manteniendo el vínculo matrimonial, disuelve las obligaciones de convivencia (lecho y habitación) así como el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales (artículo 332 del Código Civil).

Si bien la mujer mantiene el derecho de llevar el apellido del marido, en cada situación se pueden presentar variantes que hagan que el marido no quiera que su mujer siga portando su apellido. Si las razones que él de resultan atendibles, en virtud de esta parte final del artículo 24 el juez podrá darle o no la razón al marido en esta petición.

### *Artículo 25*

*"Artículo 25.- La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros del estado civil."*

Los registros de estado civil, como se verá al analizar los artículos 70 y siguientes, contienen la inscripción de tres de los hechos centrales de la vida civil del ser humano: nacimiento, matrimonio y muerte. El nombre, cuya composición ha sido ya precisada en los artículos anteriores, se inscribe en la partida de nacimiento.

Cuando haya que probar el nombre de una persona, la prueba concluyente e irrefutable según el artículo 25 es la partida de nacimiento de los registros de estado civil.

Normalmente se usa otro tipo de documento para probar el nombre en la vida cotidiana (en el Perú, la libreta electoral) pero, queda claro de este artículo, esa es una prueba común, no la prueba correcta. Desde luego, la libreta electoral y todo otro documento que obtenga el ser humano, tiene que basarse en la partida de nacimiento y corresponder con ella en cuanto a contenido.

Es preciso al tratar este punto, sin embargo, hacer una diferencia que no haría falta si no fuera porque tan a menudo son confundidas las cosas. El asunto es éste: una cosa es que la partida de nacimiento pruebe el nombre del ser humano (además de quiénes son sus padres, etc), y otra muy distinta es que para reconocer derechos al ser humano, le exijamos como condición que muestre su partida de nacimiento.

En otras palabras, el ser humano existe porque tiene vida y, en tanto tal, debe tener y ejercitar los derechos humanos. Para esto no es necesario que muestre papel alguno si, en necesidad, reclama su derecho. Lo que queremos decir es que no se puede negar sus derechos a un ser humano porque no porta (o no tiene) documentos de identidad aunque, lo que no tenga, sea la partida de nacimiento.

Esto atañe tanto a las autoridades políticas como judiciales, a las Fuerzas Armadas donde ejercen poder frente a la sociedad (Zonas de Emergencia), como a la Policía Nacional.

Y en esto tenemos que ser cuidadosos en distinguir. Hay derechos que sólo corresponden al ciudadano, es decir, al que tiene un vínculo de pertenencia jurídica al Estado Peruano. Elegir y ser elegido son algunos de ellos, pero también lo son participar en partidos políticos, postular a elecciones (salvo a las municipales en las que pueden postular extranjeros), presentar acciones judiciales o reformas constitucionales con recolección pública de firmas, etc. Para ejercitar estos derechos (y otros muchos más), hay que ser ciudadano y la condición de ciudadano se prueba con el documento que certifica que se está inscrito en el registro electoral, es decir, con la libreta electoral. Por eso, sin libreta electoral, estos derechos no pueden ser ejercitados.

Pero si alguien no tiene libreta electoral (por la razón que sea), todavía goza de todos los demás derechos no reservados a los ciudadanos del Estado y que, en verdad, son la mayoría. Por consiguiente, por ejem-

plo, si una persona indocumentada presenta un habeas corpus por estar ilegalmente detenida, la situación es que se está violando un derecho humano (libertad física), en un ser humano que «no tiene documentos» y, por consiguiente, «no puede ser identificado».

Pero dos cosas distintas son la posibilidad de ser identificado y el hecho de gozar o no de mis derechos. La imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale a privarlo de sus derechos como humano. Desde luego, esto no quiere en absoluto decir que no pueda tomarse las decisiones conducentes a que obtenga sus documentos y, primero que nada, su partida de nacimiento. Pero, insistimos, son dos cosas distintas y no pueden ser entremezcladas sin violentar los derechos del ser humano.

### *Artículo 26*

*"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."*

Porque la función del nombre es identificadora del ser humano, cada uno de nosotros tenemos el derecho a que se nos designe por nuestro nombre. Es el derecho a exigir que se nos identifique. Como sabemos por el artículo 19 el nombre incluye los apellidos y la protección que da este artículo cubre al nombre en toda su extensión.

El segundo párrafo<sup>25</sup> del artículo contiene referencia a dos acciones:

1. La primera está destinada a pedir la cesación del hecho violatorio. Es una acción típicamente personal y, por consiguiente, sometida al plazo de prescripción de diez años del inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. Sin embargo, en el plano de los hechos, se puede abrir varias sub-hipótesis que son:

1.1. A la persona se la designa por nombre distinto por una sola

---

25 El comentario que sigue a este artículo está tomado de RUBIO CORREA, Marcial... *La extinción de acciones y derechos en el Código Civil.*—Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.—pp. 110-112.

vez (de forma no permanente como, por ejemplo, de manera oral), y ella se entera inmediatamente. En este caso, nos hallamos en una situación en la que la cesación del hecho violatorio es improcedente una vez consumada la denominación distinta. En realidad, en este caso, ya no tiene sentido interponer la acción de cesación del hecho violatorio, ni menos aún referir su prescripción al plazo de diez años del artículo 2001 del Código Civil.

- 1.2. A la persona se la designa por nombre distinto de la forma señalada en el artículo anterior, pero no se entera de inmediato. El problema de improcedencia posterior es el mismo.
- 1.3. A la persona se la designa por nombre distinto pero de manera que queda permanentemente vigente, por ejemplo, en una obra de carácter literario o en un documento y la persona se entera de inmediato. En este caso, sí sería pertinente aplicar el principio de la prescripción de la acción a los diez años de producida la violación del derecho, porque ese documento o esa obra tendrían que ser rectificadas o modificadas mediante los procedimientos del caso.
- 1.4. A la persona se la designa por nombre distinto pero de manera que queda permanentemente vigente, como se ha explicado en el párrafo anterior, pero el interesado se da cuenta de ello con posterioridad al hecho. En este caso, también tendría sentido considerar el plazo de prescripción de la acción según los términos del inciso 1 del artículo 2001, pero cabe preguntarse si el término inicial del plazo está fijado en el momento en que se viola el derecho, o cuando se informa el perjudicado.

En nuestro entender, y de acuerdo con el artículo 1993, el plazo comienza a correr desde el momento en que, objetivamente hablando, podía interponerse la acción, es decir, desde cuando el documento es emitido o la obra literaria publicada (si de estos casos se trata).

- 1.5. A una persona se la designa por nombre distinto de manera que la violación permanece vigente (como en los dos casos

anteriores), pero esta violación se reitera por actos sucesivos similares que constituyen algo semejante a lo que en el Derecho Penal se denomina delito continuado. Es obvio que el plazo de prescripción comienza a correr desde la última violación realizada y no desde la primera.

- 1.6. A una persona se la designa por nombre distinto de manera que la violación permanece vigente (como en los tres casos anteriores), y esta violación se reitera en actos sucesivos e independientes entre sí como, por ejemplo, dos obras literarias distintas del mismo autor. En este caso, cada violación es autónoma de la otra y, por consiguiente, el plazo prescriptorio comienza a correr (y transcurre), independientemente para cada una de ellas desde que la violación se hizo pública (no desde que el perjudicado se enteró de ella).

Como puede apreciarse de estas consideraciones, el problema de definir la prescripción de esta acción es sumamente complejo y se ve que el legislador no ha tomado en consideración las varias hipótesis en base a las cuales es necesario concordar el artículo 26 con el 2001 inciso 1. De lo dicho anteriormente, estimamos que los criterios generales para resolver la situación son los siguientes:

- Cuando el daño por nombramiento distinto sea irreparable, pero no permanente, esta acción deviene en improcedente. Debería legislarse que en este caso no es aplicable el plazo prescriptorio extenso del inciso 1 del artículo 2001.
  - Cuando el daño por nombramiento distinto sea permanente y, por consiguiente subsanable, el plazo prescriptorio corre para cada violación desde el momento en que se produce. Si se trata de una violación que asume forma de hecho continuado, entonces el término inicial del plazo es el último hecho ocurrido.
  - El plazo prescriptorio se inicia objetivamente hablando, cuando la violación se produce o se hace pública, según las variantes anteriores, y no cuando el interesado se informa de ella.
2. La segunda acción de que se trata en el artículo es la referente a la

indemnización. Esta acción podrá interponerse cada vez que haya sido producido un daño, independientemente de la suerte que corra la acción principal sobre cesación del hecho violatorio analizada arriba. En materia de daño podrán ser indemnizados según el artículo 1985 el lucro cesante, el daño emergente, del daño moral y el daño a la persona (se debe tomar nota que sobre este último existe en nuestro medio una discusión que, en sus términos generales, hemos descrito al comentar el artículo 17).

Esta acción está sujeta al plazo de prescripción del inciso 4 del artículo 2001 referente a la responsabilidad extracontractual (salvo, desde luego, que la violación del derecho al nombre provenga de una relación contractual, en cuyo caso el plazo de prescripción será de diez años, correspondiente a las acciones personales).

### *Artículo 27*

*"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."*

En la medida que el nombre es un derecho pero también un deber, como instrumento de identificación de la persona, no puede establecerse convenio respecto de él (como por ejemplo transferirlo, prestarlo, darlo en uso, etc.). Esto generaría una situación en la que nadie, verdaderamente, sabría con quién está tratando o realizando actos sumamente importantes (el matrimonio, por ejemplo) o inclusive no tan trascendentes. Esta es la norma general que, sin embargo, tiene tres excepciones:

- Por razones publicitarias, es decir, una persona puede autorizar a que su nombre sea utilizado con fines de propaganda para un producto o un servicio. Este tipo de convenio se ve a menudo en la vida cotidiana, en la propaganda impresa, así como en la radio y en la televisión. Las personas que lo hacen, suelen tener notiriedad por distintas razones (artistas, deportistas, etc.).
- Por razones de interés social. Por ejemplo, es a menudo solicitado el nombre de ciertas personalidades para suscribir comunicaciones públicas que buscan crear conciencia o impulsar una decisión política. Quienes firman, evidentemente hacen un convenio que tiene que ver con el interés social porque, equivocados o no, están ejerci-

tando los derechos de expresión y opinión para orientar a la sociedad (según ellos creen que debe ser orientada, desde luego).

- Cuando la ley así lo establece. Tal es el caso, por ejemplo de ciertas circunstancias en las que los socios pueden prestar su nombre a la empresa que conforman, o en relación a lo ya visto: la aparición del nombre del autor en la obra que le pertenece (y que puede regularse de muchas maneras), etc.

Lo dicho no pretende sino poner ejemplos del tipo de uso del nombre en convenios. Habrá muchas otras circunstancias que, por supuesto, podrán ser incorporadas a cada uno de los tres acápites anteriores. Una cosa sí es cierta: si el convenio sobre uso de nombre de persona natural no puede ser clasificado en ninguno de los tres supuestos anteriores, entonces no estará permitido en aplicación del artículo 27 del Código Civil.

### *Artículo 28*

*"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 corresponde."*

Usurar el nombre de otro equivale a utilizar dicho nombre sin tener derecho a ello porque no es el nuestro. Nuevamente, al hacerlo se facilita la confusión de identidades y eso perjudica la vida social. Como hemos dicho, el nombre es un derecho pero también un deber que supone que cada uno usa su nombre y no usa otro (salvo el caso del seudónimo del artículo 32 pero que no es otro nombre), ni el de otros.

No hay que confundir usurpación del nombre con la homonimia, que es aquella situación en la cual dos personas tienen el mismo nombre. En este caso, cada una usa el suyo y no usurpa el del otro aunque, desde luego, si uno es un ángel y el otro un demonio, aquél se verá perjudicado porque éste tiene su mismo nombre. Sin embargo, aquí no hay nada que reclamar por usurpación. Lo que puede hacer el perjudicado es cambiar su nombre (tema que desarrollamos de inmediato, al trabajar sobre el artículo 29).

La segunda parte del artículo establece dos acciones, como en el caso del artículo 26:

- Una para lograr que la usurpación del nombre cese. Es una acción de tipo estrictamente personal y le son aplicables una a una, las mismas sub-hipótesis que elaboramos para el artículo 26. A ellas nos referimos.
- La última parte del artículo otorga una acción para obtener la indemnización del daño que se haya producido. El daño podrá incluir todos o algunos de los elementos indemnizables según el artículo 1985 del Código Civil (para lo cual es preciso tener en cuenta la discusión sobre el daño a la persona que presentamos en el comentario al artículo 17).

Esta es una acción de responsabilidad civil extracontractual que prescribe en el plazo de dos años establecido en el inciso 4 del artículo 2001 (salvo que entre agraviado y agresor haya habido un contrato en cuya ejecución se ha producido la usurpación del nombre. En este caso estaríamos ante una indemnización por acción personal que tiene plazo de prescripción de diez años).

### *Artículo 29*

*"Artículo 29.- 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."*

La prueba del nombre resulta de la inscripción en los registros de estado civil dice el artículo 25 del Código Civil y, en consecuencia, nadie puede modificar el suyo a su libre albedrío, ni cambiándolo ni añadiéndolo.

Sin embargo, la persona puede modificar su nombre siempre que concurren los siguientes elementos:

1. *Un motivo justificado.* No hay reglas para determinar cuál puede ser o no un motivo justificado. Aceptarlo como tal o no, dependerá de la autoridad judicial encargada de dar la autorización para el cambio de nombre. Algunos ejemplos de motivo justificado han

sido: que la persona tiene como homónimo a un delincuente; o que su nombre tiene o puede llegar a tener un significado deshonroso o sarcástico en el idioma; o que esa persona ha sufrido una situación particular de vida en la que se ha hecho notoria con su nombre para mal y quiere cambiarlo: tal el caso, por ejemplo, de alguien que fue injustamente acusado de un delito por la prensa en gran escándalo social, para después quedar absuelto por inocencia. Estos son solo ejemplos porque la casuística puede ser infinitamente incrementada.

2. *Autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.* En realidad, la modificación o adición del nombre sólo puede hacerse iniciando un procedimiento que el Código de Procedimientos califica de no contencioso, ante el juez competente. El juez procesará el caso, le dará la publicidad que requiere esta circunstancia para que se puedan presentar al procedimiento los eventuales interesados en que la autorización de cambio de nombre no se otorgue y, en función de lo que ocurra, autorizará la inscripción en el registro de estado civil o convertirá el procedimiento en un juicio contencioso donde el interesado en el cambio o adición, y quien o quienes se oponen, litigarán hasta que haya sentencia que haga cosa juzgada en el caso. Las normas vigentes están entre los artículos 1321 y 1330 del Código de Procedimientos Civiles.

Una vez autorizado el cambio o adición de nombre, lo que quede establecido en la resolución judicial correspondiente es el nuevo nombre de ese ser humano y el juez resolverá que se incriba en el registro de estado civil. Consecuentemente, se hará la modificación de partida de nacimiento que corresponda.

En la medida que la modificación haya sido hecha en el nombre del padre o madre de familia, entonces la segunda parte del artículo 29 extiende los efectos de dicho cambio a los hijos menores de edad y «al cónyuge si fuere el caso» porque como ya sabemos, la mujer puede llevar el apellido del marido agregado al suyo según el artículo 24 (derecho que no corresponde al marido). Por ello el cambio de nombre sólo afecta al cónyuge cuando ha operado en el marido.

El cambio de nombre también alcanza a los hijos menores de edad porque están aún bajo la patria potestad del padre. No a los que ya adquirieron plena capacidad y la razón de esto es que los últimos ya tienen su propia vida organizada con su nombre original y cambiarlo puede traerles

perjuicios de identificación en materia profesional, laboral, etc. (ver, sobre este tema, el comentario que hacemos al artículo 42 del Código en este libro).

Desde luego, en caso que estos hijos a los que no alcanza la modificación del nombre del o los padres quisieran a su vez asumirlo, es evidente que sería muy fácil calificar tal situación de «motivo justificado» y otorgarles también a ellos el cambio.

Este artículo debe ser concordado con el 74 del Código Civil.

### *Artículo 30*

*"Artículo 30.- El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación."*

El cambio de nombre es, exclusivamente, un cambio de identificación, pero no altera ninguno de los aspectos jurídicos de la persona. Así, no se modifica su matrimonio, ni sus relaciones de parentesco, ni su situación de propietario, acreedor, deudor, socio o asociado, miembro de instituciones, etc. Es la misma persona, con todo su conjunto de derechos y obligaciones, sólo que ha asumido un nuevo nombre, total o parcialmente distinto del que tenía antes.

También dice el artículo que el cambio de nombre no constituye prueba de filiación, es decir, que por haber asumido una tercera persona mi apellido, no puede invocar que es hija mía. La relación nombre-filiación es justamente la inversa: sólo si se establece la filiación el hijo o hija asume el apellido del padre o madre (cosa que ya fue vista al trabajar sobre los artículos 20 al 22 y, particularmente sobre el artículo 21).

### *Artículo 31*

*"Artículo 31.- La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente."*

Puede ocurrir que luego que alguien ha logrado cambiar su nombre por el procedimiento regular de recurrir al juez y lograr su resolución favorable, otra persona haya sido perjudicada. En tal caso, dice el artículo 31, siempre tiene la posibilidad de impugnar judicialmente tal cambio.

Debe quedar claro que se estará impugnando el nombre jurídicamente atribuible a la persona que obtuvo el cambio o adición, pues la resolución judicial que lo reconoció le atribuyó ese nombre para el futuro.

El perjuicio por el cambio o adición de nombre puede adoptar muchas características de facto, que es imposible describir en rasgos genéricos. Además, del propio texto del artículo 31 puede deducirse que no estamos necesariamente ante el caso en el que el que cambió el nombre asumió con puntos y comas el nombre del impugnador. Basta que el nuevo nombre cree algunos problemas significativos de individualización entre uno y otro, para que pueda decirse que existe perjuicio. El juez tendrá que apreciar las circunstancias al resolver el juicio.

En este caso, la acción de impugnación es de naturaleza personal y está sometida al plazo de diez años de prescripción de que habla el inciso 1 del artículo 2001. El plazo de prescripción se empezará a contar, en nuestro criterio, desde que se hace pública la adición o el cambio del nombre, y no desde que el perjudicado se entera.

Fernández Sessarego opina que "*Es evidente que este derecho supone también la reclamación de daños y perjuicios, si fuera el caso.*"<sup>26</sup> Pero en este caso la acción que funciona es la de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, y está sometida al plazo de prescripción de dos años del inciso 4 del artículo 2001. El término inicial es el mismo que el indicado en el párrafo anterior.

### Artículo 32

"Artículo 32.- *El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste.*"

Aquí tenemos que distinguir entre apodo, seudónimo y nombre.

El seudónimo es una manera de llamarse de una persona, con la cual adquiere identificación social en su esfera de actividad pública. No es parte de su nombre y por consiguiente, el seudónimo no tiene el reconocimiento de orden público de aquél<sup>27</sup>, pero identifica a la persona exten-

26 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Op. cit.*—p. 113).

27 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Op. cit.*—p. 93

sivamente en la sociedad y, en tal sentido, cumple función de nombre. El seudónimo no es tal sólo porque una persona lo utiliza, sino porque objetivamente, se puede medir su carácter identificatorio.

Es en esta condición que el seudónimo está amparado por el artículo 32, es decir, «cuando adquiere la importancia del nombre» en el sentido de identificar a la persona. Seudónimos como Pablo Neruda, llegaron a ser inclusive más identificatorios de la persona que su propio nombre.

Fernández Sessarego dice algo que resulta interesante sobre la diferencia entre seudónimo y nombre: "*El seudónimo no se confunde con el nombre en tanto no es un atributo de la persona (...) 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 podrían 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.*"<sup>28</sup>

El apodo es un apelativo que se da a la persona en su entorno familiar o de amigos, una especie de palabra de cariño o afecto. El apodo no está amparado por el Derecho. Fernández Sessarego dice: "*(...) el sobre nombre no pretende reemplazar al nombre, por lo que su tratamiento jurídico no se equipara al que la ley concede al seudónimo.*"<sup>29</sup> José León Barandiarán escribió a propósito del tema: "*La protección al nombre, en su doble forma antes expuesta, de reconocimiento y de reivindicación, cubre también al seudónimo. El derecho estima que el seudónimo representa una denominación que viene a identificar a la persona. Supóngase, así el caso de un actor cinematográfico o de un literato. La protección no abarca a apelativo ni al apodo.*"<sup>30</sup>

Por consiguiente, al seudónimo de una persona le serán extensivos todos los artículos de este título que pueden ser aplicados. Una rápida revisión nos puede indicar que los artículos aplicables al seudónimos son el 26, 27 y 28. También, haciendo analogía, podría aplicársele el 31. Todos los demás son privativos del nombre.

---

28 *Loc. cit.*

29 *Loc. cit.*

30 León Barandiarán, José... *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano.*—Lima, Gráfica Morsom S.A., 1980.—p. 106.

## CAPITULO IV

### *DOMICILIO*



### Artículo 33

"Artículo 33.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar."

Fernández Sessarego<sup>31</sup> a la par que buena parte de la doctrina, considera pertinente distinguir aquí residencia, domicilio y morada (esta última también llamada habitación).

La *residencia* es un dato de hecho, de carácter sociológico, verificable objetivamente: es el lugar donde la persona vive usualmente, sólo o con su familia de ser el caso. No encontramos problema en que una persona tenga más de una residencia, si puede ser ubicada normalmente en cualquiera de ellas. Por ejemplo, tiene dos casas en la misma ciudad y puede estar, indistintamente, en una u otra. No hay que confundir esto, sin embargo, con el hecho de que alguien, por ejemplo, tenga una vivienda en la ciudad donde está todo el tiempo menos, digamos, los fines de semana del verano, en los que va a una playa. En este último caso, la habitación de la playa no es estrictamente hablando residencia porque la persona no vive usualmente allí. Su vida está hecha en torno a su casa citadina.

El *domicilio* es un concepto jurídico y puede ser definido como el lugar donde, según el Derecho, se ubica a la persona para efectos de sus relaciones civiles. Puede ser, inclusive, que la persona nunca vaya en per-

---

31 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... op cit.-p. 94.

sona al lugar que tiene como domicilio jurídico, o que antes viviera allí y ya no vive. A pesar de todo ello, en ciertas circunstancias su domicilio seguirá siendo el que fijó antes y que ya no es más su residencia (ver en el Código Civil, por ejemplo, la última parte del artículo 36, el artículo 40 o el primer párrafo del artículo 1239).

Domicilio, por consiguiente, no es lo mismo que residencia. No quiere decir que allí, efectivamente, se encuentre a la persona. Tampoco quiere decir, en todos los casos, que la persona vive allí normalmente.

Sin embargo, el Derecho busca en lo posible que sus definiciones de carácter jurídico correspondan con la realidad. Es lo más razonable como regla general. Por consiguiente, el artículo 33 dice que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. En otras palabras, la norma general consiste en que donde está la residencia del sujeto, allí está también su domicilio. A esta regla hay excepciones, como veremos al comentar los artículos posteriores.

El Código habla de residencia *habitual*. La habitualidad es un factor de hecho que consiste en que lo usual para la persona (y su familia), es el tener sus actividades de vida cotidiana en un determinado lugar preferentemente que en otros. Lo usual (hay excepciones, desde luego), es que cada persona tenga una sola residencia. Puede frecuentar varios lugares en su vida cotidiana, pero siempre estará referido principalmente, habitualmente, a uno de ellos. Esa será su residencia y, en principio, también su domicilio para efectos civiles. Las excepciones son las de quien tiene residencia indistintamente en más de un lugar (ver comentario del artículo 35) o no tiene residencia en ningún lugar (ver comentario del artículo 41). La fijación del domicilio admite reglas especiales en ambos casos.

En el Código derogado se consideraba para determinar el domicilio, el *animus* de la persona de permanecer en dicho lugar. Esto llevaba a indagaciones subjetivas sobre la intención de permanecer o mudarse que sólo oscurecían el problema, máxime en una sociedad en la que las grandes ciudades han complicado tremendamente la posibilidad que antes existía, de que una persona (y normalmente una familia), tuviera la misma residencia para siempre o casi siempre. El Código vigente ha sustituido ese elemento subjetivo de determinación del domicilio, por el objetivo de la residencia habitual que, como resulta obvio, nos parece más adecuado también a nosotros.

Los conceptos anteriores de domicilio y residencia, tienen que ser diferenciados del de morada. La *morada* es un lugar de estancia transitoria para la persona y que, por consiguiente, no tiene la característica de ser *habitual*. En consecuencia, no es residencia y tampoco sirve para ser considerado como domicilio. Es el caso del viajero que pernocta en un hotel, o de quien pasa unas vacaciones en un sitio alejado de su casa.

Desde luego, habrá circunstancias en las que la morada y la residencia no sean tan fáciles de distinguir como en nuestros ejemplos. Las posibilidades de la casuística son infinitas y por, consiguiente, aquí sólo cabe dar los criterios generales en función de los cuáles tiene que aplicarse el artículo bajo comentario.

Una última atinencia consiste en que aquí estamos hablando del domicilio civil, que es el domicilio para todos los efectos de la vida cotidiana y privada de la persona en lo que atañe al Derecho. Sin embargo, existen otros conceptos de domicilio en el Derecho, por ejemplo, en el ámbito tributario, o en el de las leyes de extranjería. A ellos no nos referimos aquí y tienen que ser estudiados en las disposiciones especiales que traen los cuerpos legales especializados.

#### *Artículo 34*

*"Artículo 34.- Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la jurisdicción correspondiente, salvo pacto distinto."*

El carácter jurídico y no fáctico del domicilio queda ratificado en este artículo, que permite que las personas designen domicilio especial para la ejecución de los actos jurídicos. Esto equivale a decir que, por ejemplo en un contrato, una persona que vive en Trujillo puede designar domicilio en Tacna. Todos los involucrados saben que no vive en Tacna, pero no importa y, en todo caso, la designación de domicilio así hecha es perfectamente válida para el Derecho.

El artículo que comentamos dice que esta designación de domicilio especial sólo implica sometimiento a la jurisdicción correspondiente, porque los tribunales asumen el conocimiento de los juicios, entre otras razones, por el lugar donde ocurren los hechos a juzgar. Es lo que se llama competencia jurisdiccional por razón del territorio.

No obstante, el mismo artículo permite que, mediante pacto específico, el domicilio especial sirva también para otros efectos (como por ejemplo hacer los pagos, enviar documentación, dar avisos no judiciales, etc.).

Por consiguiente, la regla general sigue siendo que el domicilio de cada uno es el lugar de su residencia habitual. Si en el acto jurídico se señala un domicilio especial sin más detalles, entonces por aplicación de la primera hipótesis de este artículo, ese domicilio sólo servirá para la competencia de los tribunales, pero todas las demás obligaciones deberán ser cumplidas en el domicilio constituido por la residencia de cada parte. Las partes podrán dar finalidades adicionales al domicilio especial que fijen, pero ellas tienen que constar expresamente en el acto jurídico del caso.

### Artículo 35

"Artículo 35.- A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos."

En los supuestos de este artículo hay que ver las siguientes circunstancias:

- Una persona tiene residencia *alternativa* en varios lugares, lo que ocurre entre gente adinerada o ejecutivos que deben realizar sus actividades con gran movilidad. Estas personas moran indistintamente en más de un lugar. Por ejemplo, tienen una casa, un departamento y una suite en un hotel, pudiendo dormir, descansar y hacer su vida cotidiana en cualquiera de ellas sin preferencia habitual por ninguna. En este caso, la residencia será cualquiera de estos lugares y todos a la vez. Por ende, ocurrirá lo propio con el domicilio. Tiene que quedar bien en claro que no se trata de alguien que tiene una residencia habitual y frecuenta esporádica o intermitentemente otro u otros lugares. Tiene que tratarse de una situación en la cual a la persona se la puede considerar residiendo indistintamente en cualquier lugar de los establecidos y, por consiguiente, en todos a la vez. A esto se refirió León Barandiarán como *domicilio plural* al comentar el Código de 1936.<sup>32</sup>

---

32 LEON BARANDIARAN, José... *op. cit.*— p. 112.

(Este no es el caso de quien vive, digamos, seis meses del año en un lugar y seis meses en otro. Esto se desarrolla al comentar el artículo 39).

- Una persona tiene ocupaciones habituales en varios lugares a la vez. Por ejemplo, dicta clases en una universidad con cierta dedicación horaria contando allí con una oficina y, a la vez, tiene un estudio de abogado donde ejerce la profesión. Para efectos laborales, la persona estará domiciliada tanto en la oficina de la universidad como en el local de su estudio de abogado.
- Corolario tácito de lo anterior (no expresamente consignado en la norma), es que a la persona que tiene casa y lugar de trabajo fijo en sitios distintos, se la considera domiciliada en cualquiera de ellos para efectos civiles. Así, se me puede notificar tanto a mi casa, como a mi oficina de abogado. En cualquiera de los dos lugares, siempre que cumplan con la habitualidad establecida, estaré debidamente notificado. Esto ya lo había dicho expresamente León Barandiarán:

*"La coexistencia al mismo tiempo de dos o más domicilios se presenta en el supuesto de ocupaciones habituales en varios lugares, o si una persona vive en un lugar y tiene una ocupación habitual en otro. Sin mayor dificultad se da entonces el supuesto de domicilio plural. Se trataría de una persona que tiene simultáneamente dos o más domicilios y se da así la situación aludida de un domicilio plural."* <sup>33</sup>

En todos estos casos y sus posibles combinaciones, la persona puede ser considerada domiciliada en cualquiera de los lugares. En otras palabras, es el domicilio plural simultáneo de que habla José León Barandiarán.

### **Artículo 36**

*"Artículo 36.- El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron."*

---

33 *Ibidem.*-p. 111.

El domicilio conyugal es fijado por ambos cónyuges según el segundo párrafo del artículo 290 y esta fijación tiene importancia por varias razones. A guisa de ejemplo:

1. Es donde los cónyuges deben realizar su vida en común (artículo 289 del Código Civil), y cuyo abandono injustificado por dos años, continuos o sumando intermitencias, constituye causal de separación de cuerpos o de divorcio (Artículo 333, inciso 5).
2. Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando abandona la casa conyugal sin justa causa y rehusa volver a ella (Artículo 291).
3. Los cónyuges, dentro de la casa que es domicilio conyugal, pueden ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley. Para ejercerlos fuera del domicilio necesitan asentimiento expreso o tácito del otro (Artículo 293).
4. La casa habitación de la familia puede ser convertida en patrimonio familiar (inembargable, inalienable y transmisible por herencia). La norma es el artículo 489 inciso 1 del Código Civil.
5. El cónyuge que enviuda tiene derecho preferente a la adjudicación de la casa-habitación en la que existió el hogar conyugal, y goza de ciertos privilegios en torno a ello (Artículos 731 y 732).
6. Según el Derecho Internacional Privado peruano, la ley del domicilio conyugal rige:
  - 6.1. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales (artículo 2077).
  - 6.2. Los efectos de la nulidad del matrimonio, salvo los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 2080).
  - 6.3. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos (artículo 2081), así como las causas de ellos y sus efectos (artículo 2082).

6.4. En ciertos casos para determinar la filiación matrimonial (Artículo 2083).

Como se puede apreciar de esta rápida y no exhaustiva revisión de normas sobre el domicilio conyugal, su determinación es importante para varios asuntos.

En la medida que el domicilio conyugal debe fijarse de mutuo acuerdo, cuando los cónyuges no llegan a armonizar sus voluntades al respecto, entonces no habrá domicilio conyugal real porque cada uno irá a vivir donde propone. En este caso, como aún debe aplicarse ciertas normas en función de dicho domicilio, el Código prevé que será tenido como tal el último que compartieron los cónyuges. En este caso se acepta una ficción y es uno de los casos en los que se ve patentemente la diferencia entre domicilio y residencia que anunciamos al comentar el artículo 33.

### *Artículo 37*

*"Artículo 37.- Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales."*

En la medida que los representantes legales ejercen poder sobre sus representados, y actúan por ellos en la vida jurídica, resulta completamente razonable que el domicilio del representante sea el del representado, aunque la residencia de este último sea distinta a la de aquél. Es otro caso de diferencia entre ambas instituciones. De esta manera el representante estará lo más cabalmente informado que puede ser posible, de los asuntos que interesan a su representado.

La norma no presenta mayor problema tratándose de los casos de patria potestad y de tutela, en la medida que estamos hablando de menores que no pueden ejercitar por sí mismos sino los actos expresamente autorizados por la ley (ver artículo 43 inciso 1 del Código Civil).

Sin embargo, sí debe ser matizada cuando se trata de la curatela porque los incapaces sometidos a ella pueden tener incapacidad relativa o absoluta. El artículo 581 del Código Civil, en su primer párrafo, dice: *"El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél."*

En consecuencia, si la curatela ha sido instituida no para toda la extensión de la capacidad del curado sino sólo para ciertos aspectos de su vida, nosotros entenderíamos que el artículo 37 se aplica sólo para la capacidad limitada por el juez en la curatela y que, para todos los demás efectos que el curado puede ejercitar por sí mismo, su domicilio será establecido por las reglas normales, esto es, por el artículo 33 y las excepciones que a él se hace en las normas siguientes. No nos parece razonable que el domicilio de un curado relativo, vaya a ser el de su curador para todos los efectos. Inclusive, sería inconveniente que así fuera. Por estas consideraciones, estimamos que el Código está redactado con poco matiz en esta parte.

### *Artículo 38*

*"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."*

Este artículo, indudablemente, está mal construido. Veámoslo por partes:

1. La primera norma dice que los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones.
2. Añade a continuación que la regla anterior no perjudica, en su caso, lo dispuesto en el artículo 33, es decir, que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

Las únicas explicaciones razonables que parece haber para esta parte final del primer párrafo son dos:

- 2.1. Que un un funcionario público ejerza sus funciones en una ciudad o territorio, y tenga residencia habitual en otra ciudad o territorio.

Esto no es descabellado pues, perfectamente, puede ocurrir

que alguien trabaje en la ciudad de Lambayeque y viva en Chiclayo, o trabaje en Chosica y viva en Lima, o trabaje en Huancayo y viva en Jauja.

En este caso, sin embargo, el artículo hubiera sido más claro si dijera que «los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, salvo que ejerciéndolas en un lugar, su residencia haya sido fijada en otro lugar cercano». La redacción puede variar para ser acomodada a las normas que rigen el servicio público, pero con este tipo de expresión se mejoraría mucho el sentido que se quiere dar a la norma.

- 2.2. Que un funcionario público viaje temporalmente al interior del país de tal manera que no ha mudado su residencia habitual y, por tanto, sigue estando domiciliado en el mismo sitio de antes de realizar el viaje temporal.
3. 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.

Debemos distinguir la situación del funcionario público del que no lo es, pues ambas están contenidas en la disposición, pero con una diferencia: los funcionarios públicos están reglados también en el primer párrafo del artículo 38, en tanto que las demás personas no.

En referencia al funcionario público y tomada al pie de la letra, esta disposición es contradictoria con la primera de las tres pues en aquélla se dice que el funcionario público está domiciliado donde ejerce sus funciones, en tanto que en esta dice que su domicilio es el último que haya tenido en el territorio nacional.

Hay dos asuntos que deben llamarnos la atención: uno es el elemento temporalidad y otro es exterior-interior del país. Ellas son las dos variables que maneja esta tercera norma frente a las anteriores en el aspecto de los funcionarios públicos.

- 3.1. *La temporalidad.*- Una posibilidad es que el funcionario público que viaja "temporalmente" en función de servicio, sólo

al exterior o también a otro lugar en el interior del país, tiene por domicilio el último que haya tenido en territorio nacional pero, si no viaja «temporalmente» sí reside donde ejerce sus funciones.

Entonces nos topamos con el problema de determinar qué es "temporalmente" en el artículo 38. Fernández Sessarego ha comentado así este problema:

*"Cabe observar que la idea de temporalidad que recoge el segundo párrafo es, de suyo, fluida. Si se tratara de un turista debemos calcular que su alejamiento del país tiene un promedio de treinta días; si es el caso de un científico que viaja a un congreso, su ausencia puede durar siete días; si pensamos en un funcionario diplomático lo normal es que permanezca fuera del país por espacio de seis años. Entendemos que la previsión del segundo párrafo del artículo bajo comentario es aplicable sólo al caso del turista del ejemplo, ya que él no cambia de residencia sino sólo temporalmente, de morada o habitación. Su residencia continúa ubicada en el mismo lugar del espacio. En cambio, en la hipótesis del funcionario diplomático debe considerarse que, según la tesis objetiva acogida por el Código, se ha producido un cambio de residencia ya que se ha trasladado, normalmente con toda su familia, a vivir o residir habitualmente por seis años fuera del país."*<sup>34</sup>

Consideramos, como Fernández Sessarego, que el problema se determina sabiendo si mudó la residencia habitual, o si sólo ha cambiado de morada (es decir, temporal y accidentalmente). Sin embargo, para esto, no era necesario el segundo párrafo del artículo 38 porque basta la aplicación del artículo 33, ayudado por la teoría elemental que se refiere a la distinción entre domicilio, residencia y morada.

- 3.2. *El extranjero o el interior.*- La otra posibilidad de interpretar el segundo párrafo del artículo 38 es pensar que se refiere a los funcionarios que viajan al exterior, por contraste con los

---

34 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Op. cit.*-p. 99.

que tienen puesto asignado dentro del territorio nacional (siendo estos últimos aquellos cuya regulación hace la primera parte del artículo).

Pensar que la variable determinante es ésta no resulta absurdo desde el punto de vista de quienes se relacionan con él, en la medida que comunicarse con un funcionario que ha viajado al exterior para los efectos de su vida civil puede resultar algo complicado para sus contrapartes. A éstas se les hace más simples las cosas manteniendo el domicilio en territorio nacional del funcionario que viajó.

Sin embargo, perjudica al funcionario porque, por ejemplo, puede que haya vivido en el Perú en casa alquilada y, luego, las notificaciones no le lleguen nunca porque los nuevos inquilinos (si es que el inmueble no queda deshabitado) no le envían la documentación.

Si se tratara de funcionarios diplomáticos el asunto es bastante sencillo porque siempre habrá forma de averiguar en qué país están y cuál es la dirección de la embajada peruana respectiva. Pero si se trata de otros funcionarios, el problema de encontrarlos en el exterior puede llegar a ser complicado.

La verdad es que por ningún camino se llega a una interpretación razonable del texto del artículo, por lo que tenemos que concluir que ha habido deficiencia en su elaboración. Por consiguiente, tenemos que reconstruir lo que aparentemente pretende decir (y, desde luego, hacer esto es algo que produce siempre resultados altamente discutibles).

En nuestro criterio, en este artículo hay finalmente tres normas, una general y dos para casos especiales, lo que pasa es que la manera como están presentadas lleva a confusión. Estas normas son:

1. "Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones». Esta es la norma general aplicable a todos ellos, estén en el exterior o dentro del territorio nacional.
2. Si el funcionario trabaja en un lugar y tiene residencia habitual en uno distinto, o si viaja temporalmente al interior del país sin variar

su residencia habitual, entonces su domicilio sigue siendo aquél en el que tiene residencia habitual y no aquél donde se halla su centro de labores.

3. Si un funcionario público o cualquier otra persona, viaja al exterior temporalmente, entendiéndose por tal adverbio que viaja para regresar y que no piensa establecer el centro de sus actividades personales en el exterior, entonces tiene como domicilio el último que haya tenido en territorio nacional.

Así establecidas las cosas faltaría regular dos situaciones más:

- La de quién viaja a establecerse definitivamente en el exterior (por cualquier razón, o como funcionario público).

En nuestro criterio, cambia su residencia habitual y por consiguiente su domicilio. Esto puede fácilmente obtenerse de la aplicación del artículo 33 del Código Civil.

- La del que viaja a establecerse definitivamente en otro lugar del territorio nacional, distinto del que fue su domicilio hasta ahora. Esto se halla regulado clarísimamente en el artículo 39 que veremos a continuación y, entonces, no es problema para la interpretación que hemos concluido antes.

Por consiguiente, estimamos que la interpretación correcta del artículo 38 es la dada inmediatamente antes, porque respeta hasta donde es posible el texto del mismo artículo, y porque es consistente con las otras normas que regulan el problema del domicilio. Consideramos, asimismo, que la muy defectuosa redacción del artículo 38 debe ser modificada para expresar más precisamente el sentido de sus disposiciones.

### *Artículo 39*

*"Artículo 39.- El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar."*

El artículo concuerda con el 33 (que establece la norma general para todo lo referente a la fijación del domicilio) y lo complementa indicando que hay cambio de domicilio por cambio de residencia habitual.

La norma, como ya hemos visto, permite completar la interpretación de artículos anteriores, cuando menos en los siguientes sentidos:

- Si alguien vive seis meses del año en un lugar y seis meses del año en otro, de manera que cambia su vida habitual de un sitio a otro, entonces está domiciliado en cada lugar en el momento que reside allí. No se trata aquí de lo que León Barandiarán demoninaba antes un domicilio plural, es decir, que la persona puede ser considerada como domiciliada en cualquiera de los dos sitios. Se trata de un domicilio que alterna su ubicación.
- Si alguien muda su vida habitual a un nuevo lugar, cambia de residencia, se produzca esta mudanza dentro del país o hacia el exterior.
- A la inversa, el que viaja con propósito temporal, esto es, que supone un regreso bastante cercano, entonces no mudó residencia sino que sólo adoptó una morada y, por consiguiente, no mudó domicilio. Para estos efectos, es indiferente que la persona haya viajado al interior o al exterior del país.

#### *Artículo 40*

*"Artículo 40.- El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable."*

Esta norma busca dar seguridad jurídica a las partes de una relación obligacional, estableciendo que si el deudor de una obligación se muda de domicilio, debe poner en conocimiento de los acreedores este hecho mediante comunicación "indubitable". Si no lo hace así, entonces los acreedores tienen todo el derecho de seguirlo considerando domiciliado en el lugar que originalmente fijó para tal efecto, esté o no allí ahora.

Este es otro caso en el cual se nota que residencia y domicilio no son la misma cosa para el Derecho y que el domicilio puede ser un lugar que no tiene que ver en absoluto con la residencia de la persona.

Exigir que la comunicación sea "indubitable" plantea el problema de determinar cuándo no puede dudarse de una comunicación de acuerdo

a Derecho, es decir, cuándo tiene validez sin prueba en contrario. Es evidente que el método más eficiente es el de una carta notarial, o una notificación por vía judicial si es que ello es posible en las circunstancias. En otras palabras, tendría que ser una comunicación de la que se pueda dar fe plena y los mejores caminos son el notario o el Tribunal.

#### *Artículo 41*

*"Artículo 41.- A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentra."*

Es el caso de quien no tiene residencia, no tiene "casa". Es un fenómeno bastante común en las grandes ciudades de los países subdesarrollados y comienza a serlo también en los países desarrollados. Esa persona duerme en un parque, en una calle, en una estación de ómnibus y en una estación de subterráneo en los países donde éste existe.

Esa persona no tiene residencia habitual y se la considera domiciliada en el lugar donde se encuentre. Esta es otra excepción al artículo 33 del Código pero, en este caso, se le otorga domicilio a quien no tiene residencia.

## **CAPITULO V**

### ***CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO***



Este título V del libro I del Código Civil, regula la capacidad (e incapacidad) de ejercicio, pero la capacidad de ejercicio supone la capacidad de goce de los derechos. Por consiguiente, dediquemos un tiempo breve a esclarecer estos conceptos.

La *capacidad de goce* de los derechos es una atribución que tiene la persona, en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos. La persona podrá ejercitarlos por sí misma, o necesitará que otro los ejercite por ella, pero en todo caso, es titular de derechos. La capacidad de goce se adquiere plenamente con el nacimiento y concluye con la muerte, es decir, pertenece al ser humano en aquella fase en que se le denomina persona. Por extensión, y con las limitaciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil, también tiene capacidad de goce el concebido. Por ello es correcto decir que la plena capacidad de goce se adquiere recién con el nacimiento.

La regla general consiste en que la persona tiene capacidad de goce de todos los derechos. Sin embargo, como suele suceder, a esta regla hay excepciones en el sentido de que no todas las personas pueden gozar de todos los derechos en todas las circunstancias. La negación de capacidad de goce tiene que ser expresa en la ley. Algunos ejemplos de esta capacidad de goce recortada son:

- Los que están impedidos absolutamente de contraer matrimonio, considerados en el artículo 241 del Código Civil.

- Los que están impedidos de contraer matrimonio en relación a otras personas, considerados en el artículo 242 del Código Civil.
- Los que no tienen la edad indicada en el inciso 2 del artículo 378 no pueden adoptar.
- El cónyuge al que no se le confían los hijos en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, no goza del derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos (art. 420).
- Los indicados en el artículo 515 del Código Civil no gozan de la capacidad de ser tutores.
- Los tutores no pueden realizar determinados actos para sí mismos, establecidos en el artículo 538 del Código Civil.
- Los indicados en el artículo 867 no pueden otorgar testamento.
- Los herederos forzosos desheredados no pueden recibir la cuota de herencia que teóricamente les correspondía. (Artículo 742).
- Los indicados en el artículo 1366 del Código Civil, están limitados en la adquisición de derechos reales sobre determinados bienes allí establecidos.

Los ejemplos pueden multiplicarse, pero en todos estos casos, la característica central es que los impedidos no pueden ejercer dichos derechos ni por sí mismos ni a través de terceros. Es decir, no tienen capacidad de goce.

La *capacidad de ejercicio* es la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene capacidad de goce. El que es plenamente capaz de ejercicio no tiene que recurrir a ninguna otra persona para acceder a sus derechos, es decir, los puede ejecutar por sí mismo. Aunque luego estudiaremos con más detalle los casos de capacidad e incapacidad, puede decirse como regla general que admite excepciones, que tiene plena capacidad de ejercicio el mayor de dieciocho años, y que tiene capacidad de goce pero no de ejercicio (sino en contadísimos casos) el menor de esa edad.

La capacidad de ejercicio *presupone siempre* la capacidad de goce para el derecho de que se trate. En otras palabras, puede haber capacidad de goce sin la de ejercicio, pero no puede haber capacidad de ejercicio sobre algo para lo que no se tiene capacidad de goce.

Al trabajar sobre la capacidad de ejercicio, tenemos que distinguir tres modalidades que tienen que ver con ella y que son:

- La *capacidad de ejercicio plena*, que es aquella que se obtiene al cumplir los dieciocho años de edad, siempre que el sujeto no tenga limitaciones que puedan impedirle ejercer adecuadamente sus derechos (ver artículos 43 y 44 del Código Civil).
- La *incapacidad de ejercicio relativa* que es la que tienen, de un lado, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (artículo 44 inciso 1 del Código Civil) y, de otro lado, los mayores de dieciocho años que quedan incursos en los incisos 2 al 8 del artículo 44 (esto último deberá ocurrir por resolución judicial, pero de eso nos ocupamos luego). Cuando alguien tiene incapacidad de ejercicio relativa, puede realizar por sí mismo algunos actos y, otros, aquellos para los que es incapaz, debe realizarlos a través de alguien que tiene poder sobre él (sus padres que ejerzan la patria potestad, su tutor o curador). El agente que actúa con incapacidad relativa, realiza un acto anulable según el artículo 221 inciso 1 del Código Civil (en tanto que el incapaz absoluto realiza un acto nulo).<sup>35</sup>
- La *incapacidad de ejercicio absoluta* que ocurre en dos circunstancias según el texto del Código : una, en el caso de los menores de dieciséis años indicado en el artículo 43 inciso 1<sup>36</sup> y, la otra, en los casos de los incisos 2 y 3 del artículo 43 del Código Civil, que normalmente se aplican a personas mayores de dieciocho años por resolución judicial, pero que también podrán ser aplicados a menores de esa edad cuando, por normas especiales, estuvieran autorizados a realizar determinados actos por sí mismos (de estas normas ha-

---

35 Sobre nulidad y anulación, nos extendemos más en el siguiente trabajo: RUBIO CORRERA, Marcial... *Nulidad y Anulación - La invalidez del acto jurídico.* - Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.

36 Decimos "según el texto del Código" porque como veremos al comentar el artículo 43 inciso 1, es falso que un menor de dieciséis años sea absolutamente incapaz en el Perú.

blamos al comentar el inciso 1 del artículo 43). El agente que actúa con incapacidad absoluta realiza un acto nulo según el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil (en tanto que el incapaz relativo realiza un acto anulable, como vimos inmediatamente antes).

De manera que la persona puede estar en cualquiera de estas tres condiciones a lo largo de su vida. Esto es importante porque, generalmente, la gente piensa que en relación a este punto las personas sólo podemos ser capaces o incapaces y eso, como se ve, no es cierto.

Hechas estas aclaraciones conceptuales, pasemos a ver la legislación sobre capacidad e incapacidad de ejercicio.

### *Artículo 42*

*"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.*

La edad de dieciocho años es uno de los umbrales importantes en la vida civil de las personas porque, para el común de nosotros, significa el paso de la incapacidad relativa indicada en el artículo 44 inciso 1 a la plena capacidad. A esto caben dos tipos de excepciones:

- El mayor de dieciocho años que queda incurso en los casos de incapacidad de los artículos 43 y 44 podrá ser declarado incapaz (absoluto o relativo) por resolución judicial.
- Los mayores de dieciséis que obtienen título oficial que los autorice para ejercer profesión u oficio, y los varones mayores de dieciséis o mujeres mayores de catorce años que se casan, adquieren plena capacidad según el artículo 46 que comentamos luego.

La edad de dieciocho años, en el Perú, se presta a dos confusiones que es preciso deslindar. La primera es la correspondiente al par de conceptos «capacidad de ejercicio» y "ciudadanía". La segunda es la que se refiere al concepto "mayoría de edad" o "mayoridad".

Sobre lo primero, ocurre que la edad de dieciocho años produce dos efectos distintos en el Perú: según el artículo 42 del Código Civil,

convierte al incapaz relativo en capaz de ejercicio dentro del ámbito del Derecho Civil. Pero, al propio tiempo, según el artículo 65 de la Constitución: "*Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral.*" La confusión es más completa, aún, porque en el Perú el documento de identidad exigido es la libreta electoral que, precisamente, es la constancia de estar inscrito como ciudadano en el Registro Electoral.

Sin embargo, capacidad de ejercicio en Derecho Civil y ciudadanía son dos cosas distintas. La capacidad de ejercicio, como viene dicho, es la atribución de ejercer mis derechos por mí mismo. La ciudadanía es una condición de pertenencia a la comunidad política de la que formo parte y en la cual tengo derechos y deberes (votar y ser elegido, participar en partidos políticos, ejercer diversos derechos de expresión política, etc.)

En la mayoría de casos, desde luego, quien tiene capacidad de ejercicio se convierte asimismo en ciudadano, pero hay diferencias. La primera de ellas es el caso de los extranjeros, que pueden ser capaces civilmente (casarse, hacer contratos, etc), pero no se convierten en ciudadanos (no al menos, hasta que no se les otorgue la ciudadanía peruana). La segunda son las personas indicadas en el artículo 46 del Código Civil que, adquiriendo capacidad de ejercicio civil, no podrán votar hasta los dieciocho años porque la Constitución en el mismo artículo 65, segundo párrafo dice: "*Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil*". En consecuencia, una mujer casada a los catorce adquirirá capacidad civil de ejercicio pero tiene que esperar hasta los dieciocho años para ser ciudadana y, por consiguiente, no podrá votar hasta esa edad.

La capacidad de ejercicio tiene que ver con las dimensiones privadas de la persona humana. La ciudadanía con su participación en la vida pública.

El segundo tema de confusión es el del término «mayoría de edad» o «mayoridad». La confusión viene desde mucho tiempo atrás porque el Código peruano de 1852 sí utilizaba el concepto al decir en sus artículos 12 y 13:

*"Código Civil de 1852, artículo 12.- Son mayores las personas que*

*han cumplido la edad de veintiún años; y menores, las que no la han cumplido."*

*"Código Civil de 1852, artículo 13.- Por la mayoría se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil."*

Por consiguiente, en el Código de 1852 sí era claro y distinto hablar de «mayoría de edad» o "mayoridad". Estos términos se referían a quien tenía veintiún años y que por consiguiente tenía capacidad de ejercicio. Las dos cosas eran una y misma. Para evitar confusiones, el propio artículo 12 consideraba menores a los que no tenían aún veintiún años.

En la actualidad la situación es distinta porque:

- Ni el Código Civil ni la Constitución, definen quien es mayor y quien es menor de edad.
- La capacidad de ejercicio (pero no la ciudadanía), puede adquirirse antes de los dieciocho años de edad.

Por consiguiente, las locuciones "mayor de edad" o "mayoridad" adquieren plurisignificación al querer decir "dieciocho años" o "plena capacidad de ejercicio" (en el Derecho Civil porque, como hemos visto, en el Derecho Constitucional también querrá decir «ciudadanía» lo que, como puede fácilmente imaginarse, trae otras complicaciones dependiendo si hablamos de extranjeros o nacionales y, en este último caso, de quienes tienen derechos ciudadanos y quienes los tienen suspendidos según el artículo 66 de la Constitución.).

Y que este no es un problema sólo especulativo, sino que tiene referentes concretos en las normas, puede apreciarse brevemente de estos dos ejemplos:

- El inciso 2 del artículo 378 del Código Civil dice:

*"Código Civil, artículo 378.- Para la adopción se requiere:*

*(...)*

2. *Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar*

(...)"

No cabe la menor duda que aquí la palabra «mayoridad» es equivalente a "dieciocho años". No concebimos otra interpretación posible.

- El caso distinto es el del artículo 29 del Código Civil:

*"Código Civil, artículo 29.- 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."*

Aquí "menor de edad" puede significar "menor de dieciocho años" o, también, "sometido a la patria potestad". La diferencia es muy importante porque, por ejemplo, el hijo puede haberse casado a los dieciséis años y la hija a los catorce. Estas personas son ya plenamente capaces y probablemente han realizado numerosos actos civiles por ellos mismos. Si tomamos el último párrafo del artículo 29 en el significado de "menores de dieciocho años", tendrían que cambiar sus nombres, lo que eventualmente haría que tenga que cambiar el de sus hijos si ya los tienen y, si el que muda su nombre es él y ella usa el apellido del marido, también ella tendría que modificar su nombre.

En fin, es muchísimo más razonable pensar que cuando el artículo 29 del Código Civil se refiere a los "menores de edad", en realidad no está hablando de los "menores de dieciocho años" sino de los «incapaces relativos o absolutos que todavía permanecen bajo patria potestad o tutela».

Lo propio puede decirse del requisito para donación de transplantes entre vivos que trae el inciso 1 del artículo 15 del Reglamento de Transplantes analizado en otra parte de este libro:

*"Decreto Supremo 014-88-SA, artículo 15.- Para la extracción de órganos para trasplante de una persona viva a otra se requiere:*

a. *Que el donante sea mayor de edad.*

(...)"

En la medida que la autorización tiene que ser hecha con firmas notarialmente legalizadas según el propio reglamento, hemos preguntado a algunos notarios si legalizarían la firma de autorización de ablación de un menor de dieciocho años que tiene plena capacidad de ejercicio en virtud del artículo 46 y nos confesaron que tendrían que pensarlo porque, en efecto, la expresión "mayor de edad" puede querer decir dieciocho años o capaz de ejercicio. (Como hemos adelantado en páginas previas, nosotros consideramos aquí que el requisito es el de plena capacidad y no el de dieciocho años cumplidos. Razones de solidaridad nos conducen a esta conclusión. Por lo demás, la legislación especializada en transplantes ha mostrado su inequívoca preferencia por facilitar antes que obstaculizar los transplantes, provistas desde luego las seguridades del caso y que están consideradas en las propias normas legislativas).

En consecuencia, somos de la opinión que las expresiones "mayor de edad" y su consiguiente "menor de edad", han pasado a ser antitécnicas en el Derecho y deben ser sustituidas en cada caso por la expresión "plenamente capaz", "mayor de dieciocho años" (o "ciudadano" si estamos tratando de Derecho Público). En la actualidad, tal como lo hemos mostrado, a veces "mayoría" significa dieciocho años y, a veces, plena capacidad (como en los casos del reglamento de transplantes y del artículo 29 del Código Civil).

### *Artículo 43*

*"Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:*

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

(...)"

En principio, el absolutamente incapaz es aquel que no puede hacer ningún acto jurídico por sí mismo, sino que en ellos debe ser sustituido por quienes tienen poder sobre él.

El texto de este inciso da la impresión de que salvo ciertos casos en los que la ley autoriza a menores de dieciséis años a realizar determinados actos, estos menores son absolutamente incapaces de actividad jurídica por sí mismos. Esta impresión es equivocada.

En efecto, existen varios artículos a lo largo del Código Civil que permiten que este llamado "incapaz absoluto" pueda realizar determinados actos jurídicos, pero lo curioso es que en ninguno de ellos la referencia para la capacidad o incapacidad de ejercicio es los dieciséis años. Veámoslos:

- El inciso 4 del artículo 378 del Código Civil establece como requisito para la adopción, que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.
- El artículo 455 dice que el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres y que también puede ejercer derechos estrictamente personales.
- El artículo 457 dice que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio y en este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos.
- Según el artículo 458, el menor capaz de discernimiento responde de los daños y perjuicios causados por sus actos ilícitos. En la parte referente a responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1975 se refiere en general a los incapaces (entre ellos los menores de dieciséis años, como es obvio) con el siguiente texto:

*"Código Civil, artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable."*

Esta segunda norma da mayores precisiones pero, en lo que atañe a nuestro tema, es evidente que ratifica el principio de responsabili-

dad de la persona incapaz que actúa con discernimiento. (Desde luego, el incapaz responderá en la medida que tenga bienes o rentas con las cuales hacerlo).

- Según el artículo 530, el menor que ha cumplido catorce años puede recurrir al juez contra los actos del tutor.
- Según el artículo 558, el menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor.
- Según el artículo 646, el pupilo mayor de catorce años puede asistir a las reuniones del consejo de familia, con voz pero sin voto.
- Finalmente, el artículo 1358 indica que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Resulta bastante obvio, de esta revisión, que el Código considera incapaz absoluto a quien no tiene discernimiento y no a quien tiene menos de dieciséis años. Entonces, la pregunta es: ¿Cuál es la edad del discernimiento?

El discernimiento parece ser la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y su mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro. Piaget ha sido uno de los autores trascendentales para entender el desarrollo del niño. En un libro que busca sistematizar el pensamiento de Piaget, las autoras dicen:

*"Etapa de las operaciones formales: de los once a los dieciséis años.- El niño en la etapa de operaciones concretas (que es la etapa inmediatamente anterior a la que tratamos aquí) se ocupa del presente, del aquí y ahora; el niño que puede utilizar pensamiento operacional formal puede pensar sobre el futuro, sobre lo abstracto, sobre lo hipotético.*

*La etapa final de Piaget (ésta que desarrollamos ahora) coincide con el principio de la adolescencia y marca el comienzo del pensamiento abstracto y el razonamiento deductivo. El pensar es ahora más flexible,*

racional y sistemático. El individuo puede ahora concebir todos los caminos posibles para resolver un problema, y puede mirar un problema desde varios puntos de vista. El adolescente busca soluciones de una manera sistemática (...)

*El adolescente puede pensar en torno a pensamientos y "operar sobre operaciones" no solamente sobre objetos concretos. Puede pensar sobre conceptos abstractos como los de espacio y tiempo. Desarrolla un sistema interno de valores y el sentido del juicio moral.*

*Piaget hipotetizó que no emergen nuevas estructuras mentales después de la etapa de operaciones formales. En adelante, el desarrollo intelectual consiste en el incremento del conocimiento y en la mayor profundidad de la comprensión de las cosas. El adulto tiene ya las "herramientas mentales» necesarias para vivir su vida."*<sup>37</sup>

En el Derecho, Enneccerus anota que son los siete años el límite entre la total incapacidad y el inicio de la capacidad limitada, pero esta edad inicial es para realizar actos de mínima importancia<sup>0</sup>. A su vez, nuestro Código establece la edad expresa mínima de diez años en las normas que hemos transcrito anteriormente (art. 378 inciso 4) y menciona muy frecuentemente los catorce años, que es la edad más cercana a los dieciséis que aparece en las normas especiales antes transcritas.

Tomando en cuenta estos elementos de juicio, consideramos que confluyen la psicología moderna y las normas legislativas peruanas en considerar que el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los diez años, y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años. Por consiguiente, estimamos que alrededor de los diez años puede empezar a indagarse si el ser humano cuenta o no con discernimiento. En todo caso, es algo que tendrá que apreciar el juez que debe resolver el asunto, en un análisis de caso por caso, pues cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo.

---

37 SINGER, Dorothy G. ... REVENSON Tracey A. ... *A Piaget Primer: How a Child Thinks*.— United States of America, Plume, 1978.— pp. 24-25. (La cita está originalmente en inglés. La responsabilidad de la traducción es del autor).

38 ENNECCERUS, Ludwig... KIPP, Theodor... y WOLFF, Martín ... *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch casa Editorial, 1953.— Primer tomo; volumen I; cap. III; tit. I; parágrafo 83; p. 355.

*"Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:*

(...)

2. *Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.*

(...)"

Como ya hemos indicado, el discernimiento es la capacidad de distinguir el bien del mal el desarrollo del pensamiento abstracto. Quién está privado de discernimiento, es quien no puede realizar estas discriminaciones o, cuando menos, una de ellas..

Muchas pueden ser las razones por las cuales la persona esté privada de discernimiento: taras genéticas o congénitas, accidentes, traumatismos, consumo de drogas, etc.

La falta de discernimiento es distinta de las circunstancias de enfermedad mental que pueda haber y que están tratadas en los incisos 2 y 3 del artículo 44 como casos de incapacidad relativa.

El ser humano privado de discernimiento no podrá realizar actos por sí mismo y siempre necesitará que los realice su representante: si está en minoría de edad sus padres que ejerzan la patria potestad o en defecto de ellos los tutores, y si es mayor de edad su curador.

Como en todos los casos de incapacidad de mayores de dieciocho años (salvo la condena penal), la incapacidad sólo puede ser existir jurídicamente como tal cuando hay una resolución judicial previa en tal sentido (ver artículo 566 del Código Civil).

*"Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:*

(...)

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

Se considera importante, para evaluar estas circunstancias, distinguir entre las limitaciones señaladas congénitas y adquiridas con posterioridad al nacimiento.

Los especialistas concuerdan en sostener que el peor problema para asuntos de capacidad e incapacidad lo tienen los sordos de nacimiento, pues el pensamiento se halla determinado en gran medida por el lenguaje y éste es esencialmente auditivo, aunque luego pueda desarrollarse a través de la escritura y otras formalizaciones. Por consiguiente, quien tiene sordera congénita podrá difícilmente alcanzar gran desarrollo en sus capacidades intelectuales.

El sordomudo ha recibido gran atención de la ciencia y las técnicas de aprestamiento han tenido considerable éxito para facilitar su desarrollo intelectual. Si la sordomudez es congénita, casi con seguridad el desarrollo será menor que si es adquirida posteriormente y, en este último caso, habrá que ver cuál fue su grado de avance intelectual previo al hecho que determinó la sordomudez y cuánto se redujo su capacidad posteriormente.

Por su parte, si el ciegosordo es congénito, probablemente no podrá desarrollar casi su intelecto al no tener más vías para hacerlo que el tacto, el olfato y el gusto (los tres sentidos que le quedan disponibles). Si un ser humano con capacidad de ver, de oír o de ambas deviene luego en ciegosordo, probablemente pueda haber alcanzado un desarrollo intelectual normal hasta ese momento y luego lo mantenga o se deteriore más o menos lentamente, según el aprestamiento que reciba y el uso que de a sus dotes intelectuales.

La existencia de ciegosordos congénitos es verdaderamente rara, pero sí puede ocurrir que se caiga en estas limitaciones por accidente. En este último caso, habrá que ver cuál fue el desarrollo intelectual previo de la persona y cuánto conserva de él luego del problema.

A pesar de todo lo dicho en los párrafos precedentes, es indispensable tener en cuenta que las técnicas psicológicas de aprestamiento han desarrollado enormemente en los últimos decenios (y probablemente es más propio decir en los últimos veinte años), de tal manera que personas con defectos que normalmente se tendrían como elementos que hacen imposible la comunicación, empiezan a desarrollar y potenciar sus capacidades. En esta materia es cada vez más importante tener la mente abierta a los nuevos desarrollos que esclerotizarla en los prejuicios. El juez deberá contar con asesoría técnica moderna que le permita evaluar solventemente cada caso, para evitar injusticias y recortes innecesarios de la capacidad.

En la medida que la capacidad de actuar supone necesariamente que expresemos nuestra voluntad, quienes no pueden expresarla de manera indubitable no pueden actuar por sí mismos y deberán tener representante. Si son mayores de edad, como viene siendo dicho, este representante sólo podrá ser asignado luego de resolución judicial que declare la incapacidad.

Resulta obvio del texto pero no está demás recordarlo: para que se caiga en esta incapacidad absoluta son necesarios dos requisitos confluyentes: el defecto a que se refiere el inciso, y la imposibilidad de expresar indubitablemente la voluntad. Sólo el defecto, no cumple los requisitos que este inciso exige para declarar la incapacidad.

#### *Artículo 44*

*"Artículo 44.- Son relativamente incapaces:*

*1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*

*(...)"*

Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son incapaces relativos y, desde luego, pueden realizar todos los actos de que hablan los artículos diseminados a lo largo del Código, y que hemos resumido al comentar el inciso 1 del artículo 43.

A ellos habrá que añadir el artículo 456 que dice:

*"Código Civil, artículo 456.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad, autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.*

*Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero."*

Es el único artículo que hemos encontrado en el Código, en el cual

se menciona expresamente cosas que puede realizar el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho (en adición, naturalmente, a las que pueden hacer personas aún menores y que ya hemos transcrito).

"Artículo 44.- *Son relativamente incapaces:*

(...)

2. *Los retardados mentales.*

(...)"

El retardo mental es un cociente intelectual inferior a 69 puntos y se mide con pruebas reconocidas. No es una enfermedad sino un efecto que se puede deber a múltiples causas. Quién tiene retardo mental no elabora correctamente su pensamiento y, por tanto, puede no tener el grado de formulación y expresión de voluntad que el derecho considera adecuado para actuar por sí mismo.

La escala usada en mediciones es la siguiente:

Estado	cociente intelectual
Normal	90 - 109
Normal-torpe	80 - 89
Fronterizo	70 - 79
Deficiente mental	69 ó menos

La medición del cociente intelectual está condicionada culturalmente (por ejemplo, es tan probable que un habitante de la selva amazónica saque bajo puntaje en un test en base a elementos occidentales, como que un ciudadano saque bajo puntaje si lo ponen a distinguir los tonos del verde de memoria).

En materia de retardo mental hay que tener en cuenta estas variaciones culturales con la finalidad de no perjudicar equivocadamente a la persona. A cada uno habrá que medirlo con los instrumentos que son familiares a su propia constitución espiritual y social.

El retardado mental no está usualmente privado de discernimiento.

Simplemente, su rendimiento intelectual es bajo y, por consiguiente, en actividades que requieren pensamiento abstracto tendrá que tener incapacidad. Sin embargo, muchos retardados mentales pueden ejercitar actividades laborales y otras de la vida cotidiana por sí mismos e, inclusive, las modernas técnicas terapéuticas logran avances increíbles, precisamente, dando a los retardados mentales la posibilidad de intergrarse a la vida común.

También en esto habrá que tener cuidado al establecer el grado de incapacidad, con la finalidad de no frustrar el posible desarrollo de quien sufre este problema. En esta materia es indispensable una capacitación permanente del personal judicial porque la ciencia y las técnicas terapéuticas avanzan muy rápidamente en los últimos decenios.

"Artículo 44.- *Son relativamente incapaces:*

(...)

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

(...)"

El deterioro mental es un proceso degenerativo de las capacidades intelectivas del que se conocen dos modalidades genéricas:

- *Deterioro mental normal*, que se produce por el avance de la edad adulta y que se inicia aproximadamente a partir de los veinticuatro años.
- *Deterioro mental patológico*, que se produce por afección orgánica y que tiene la característica de no ser reversible. El caso más conocido es el de la arterioesclerosis en la tercera edad.

Al evaluar el deterioro mental es preciso tener en mente que existen dos situaciones que parecen deterioro mental pero no lo son:

- Una es llamada *pseudo deterioro mental* y consiste en manifestaciones de deterioro mental que, sin embargo, con un tratamiento adecuado pueden ser revertidas. Se presenta, por ejemplo, en casos

de esquizofrenia. Si el deterioro es reversible no es el deterioro mental patológico que conduce a una irremisible pérdida de la posibilidad de interactuar en la sociedad.

- Hay otros casos en los cuales la persona da síntomas de deterioro mental en ciertas partes de la prueba psicológica pero en otras no. En estos casos, las guías de aplicación de las pruebas recomiendan volver a hacer las pruebas de manera que se pueda discriminar si muestra una incapacidad intelectual uniforme o si, por el contrario, lo que se está produciendo es un bloqueo emocional frente a cierto aspecto de la prueba pero no en la incapacidad de absolverlo.

En la medida que ejercer los derechos supone expresar voluntad, en este caso son indispensables dos cosas: el deterioro mental y el hecho que no se pueda expresar la libre voluntad. Sólo el deterioro mental no basta para configurar la incapacidad que norma el inciso.

"Artículo 44.- *Son relativamente incapaces:*

(...)

#### 4. *Los pródigos.*

(...)"

El artículo 584 del Código Civil dice que «*Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.*»

Como puede verse, la prodigalidad no tiene que ver con aspectos espirituales ni éticos, sino con la protección de las expectativas de los herederos forzosos. Es un límite impuesto a la posibilidad de consumir sus riquezas, sobre quien va a ser heredado forzosamente de acuerdo a las disposiciones del Derecho de Sucesiones.

Según el artículo 723 del Código Civil, la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos se llama *legítima* y varía en valor según las circunstancias:

- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer

libremente hasta del tercio de sus bienes (artículo 725); en consecuencia, será pródigo el que en estas condiciones dilapida más del tercio.

- El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes (artículo 726); por consiguiente, será pródigo el que dilapide más de la mitad de sus bienes en estas circunstancias.
- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los dos párrafos anteriores, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes (artículo 727). Por tanto, no puede ser considerado pródigo, aunque gaste la totalidad de sus bienes.

Dos asuntos nos interesa resaltar de la prodigalidad en el Derecho Civil:

1. El Código utiliza el verbo "dilapidar" que en buen castellano significa "malgastar". Fernández Sessarego comenta lo siguiente sobre la prodigalidad: *"El inciso cuarto del artículo bajo examen considera a la prodigalidad como causal de incapacidad relativa de ejercicio. Entiéndese como pródigo al dilapidador habitual, al que disipa sus bienes, al gastador desordenado o manirroto. O, como bien lo indica el Diccionario de la Real Academia Española, al que «desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón»."*<sup>39</sup>

Luego de esto caben dos posibilidades de hecho: o la persona efectivamente despilfarra sus bienes (en farras y cantinas, por ejemplo), o la persona gasta su dinero, digamos, en obras pías. (Estamos utilizando las dos caricaturas, que por lo demás ocurren todos los días en la realidad, para presentar las dificultades jurídicas que encontramos en esta institución).

Así planteadas las cosas, caben dos posibilidades: o la prodigalidad en un problema de sumas y restas y excedida la cuota de libre disposición se incurre en la causal de incapacidad; o, es un problema

---

39 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... *Op. cit.*—p. 110.

cualitativo y entonces, hechas las sumas y las restas y excedida la cuota de libre disposición, el juez tendrá encima que apreciar la calidad del gasto y determinar si sólo "dispuso" o si "malgastó".

En una dicotomía como la que hemos planteado antes, no cabe duda que si hay que entrar a considerar la calidad del gasto, el juez considerará pródigo al de las farras y cantinas y no considerará tal al de las obras pías, aunque en ello se haya ido toda su fortuna. Sin embargo, podríamos imaginarnos muchísimas otras posibilidades intermedias: el que gasta su dinero promoviendo grupos artísticos, o haciendo donaciones a universidades y centros de investigación, o a la preservación de las especies animales en extinción, o a sectas religiosas en las que cree.

En la realidad, siempre se ha dicho que la prodigalidad es un asunto de sumas y restas y que el juez no debe entrar a considerar la cualidad del gasto. Es más, que el sólo hecho de que gaste en exceso de su cuota de libre disposición, ya es una dilapidación.

La verdad es que así concebida, la prodigalidad es una institución esencialmente crematística y que no guarda mucha relación con la variedad de obligaciones y de criterios ético-sociales que puede manejarse en la vida cotidiana, personal, familiar y de solidaridad social. Sin embargo, la prodigalidad sigue siendo una institución de clásica raigambre civil. Nosotros estaríamos por una revisión de su significado en las actuales circunstancias históricas y sociales, no necesariamente para eliminarla, pero sí para adecuarla y atemperarla.

2. Además, la prodigalidad es una institución que sólo tiene sentido cuando es aplicada a quienes han acumulado fortuna. El ejemplo es muy simple: si la fortuna de una persona son, digamos, seis mil dólares), alguien podría ser declarado pródigo por disponer de dos mil un dólares si tiene cónyuge o descendientes. Este ejemplo, desde luego, no es una caricatura porque seis mil dólares ahorrados ya sería una gran fortuna para el 75% de los peruanos de hoy. Parece obvio que resulta una exageración declarar la incapacidad de esta persona en estas circunstancias pero, técnicamente hablando, es lo que correspondería hacer de acuerdo a los textos legales. La prodigalidad, así, es una institución que se aplica a estratos sociales y no

puede aplicarse a la generalidad de las personas que conforman la sociedad bajo riesgo de convertirla en una institución terriblemente arbitraria.

En resumen, consideramos que la prodigalidad tiene que ser revisada, tanto desde el punto de vista de los valores éticos, como desde su adecuación a esta realidad concreta y discrepamos de su actual significado en la sociedad en que vivimos. Reformulada y atemperada, podría ser una institución más interesante que lo que es actualmente.

*"Artículo 44.- Son relativamente incapaces:*

(...)

5. *Los que incurren en mala gestión.*

(...)"

Según el artículo 585 del Código Civil, puede ser declarado incapaz el que, por mala gestión, ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. El artículo añade que el juez apreciará la mala gestión con prudente arbitrio.

La institución tiene parecido formal con la de la prodigalidad pero, en realidad, es bastante diferente porque lo que aquí se está controlando es la habilidad de gestión de la persona que maneja sus recursos propios. El criterio que asume el Código es que quien pierde más de la mitad de sus bienes no gestiona bien sus negocios.

Nuestra impresión es que ésta es una concepción precapitalista de la gestión económica. Tiene la semejanza del propietario de tierras que año tras año gestiona mal y, finalmente, pierde la hacienda o, cuando menos, más de la mitad de ella. Asume valores fijos y permanencia de activos en el patrimonio. Da la impresión de que el capital puede ser siempre medido por el peso de unas (pocas o muchas) monedas de oro.

La vida contemporánea es bastante distinta: las oportunidades y necesidades de inversión hacen que los capitales se muevan con mucha rapidez e, inclusive, que traspasen fronteras. Esto puede estar bien o mal, ser criticable o no, pero es así. Un buen inversionista no repara tanto en

"el peso de monedas de oro", como en las perspectivas de seguridad y crecimiento que da tal o tal otra actividad o giro económico.

De otro lado, una inversión que hoy es segura para cualquier analista, mañana puede ser catastrófica por eventos tan arbitrarios como la muerte o renuncia de un Ministro de Economía o de un Presidente de la República, por la caída de la Bolsa de Nueva York, por el estallido de una guerra a veinte mil kilómetros de distancia, o porque apareció un fenómeno natural que hizo estéril una inversión de años.

En definitiva, consideramos que tal como está configurada la mala gestión en el Código, presenta problemas de ajuste a una sociedad siempre cambiante. Probablemente el Derecho Civil debe tomar precauciones contra el mal gestor en favor de la familia, pero la institución debería ser repensada y redesignada para ser más útil.

En cualquier caso, el juez siempre puede apreciar los detalles del caso para saber si se trató de "mala gestión" o, digamos, sólo de "mala suerte". Sin embargo, de un lado la preparación del juez para apreciar estas circunstancias puede no ser la mejor (no es función de un juez tener criterio de comerciante o financista) y, de otro lado, una legislación mejor hecha siempre es una ayuda para aplicar las normas.

*"Artículo 44.- Son relativamente incapaces:*

(...)

6. *Los ebrios habituales.*

7. *Los toxicómanos.*

(...)"

Tratamos en conjunto estos dos casos porque lo propio hace el artículo 586 del Código que dice: "*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.*"

Lo primero que hay que notar es que aquí no se establece la incapacidad relativa de quien consume habitualmente alcohol o drogas de las allí descritas sino que, en adición a ello, es indispensable que confluya cuando menos uno de los tres efectos de la parte final de la redacción: exponerse o exponer a su familia a caer en la miseria; necesitar asistencia permanente; o, amenazar la seguridad ajena. Si estos tres requisitos, o al menos uno de ellos no confluyen con la ebriedad o toxicomanía, entonces no se podrá declarar la incapacidad.

La ebriedad habitual y la toxicomanía existen cuando el consumidor que suspende la administración de la droga (el alcohol también es droga) pasa a sufrir un *síndrome de abstinencia*. El síndrome de abstinencia es un estado orgánico de necesidad de consumo de la droga para restablecer los equilibrios físicos o emocionales. Cae en los supuestos de estos incisos el que, en adición al síndrome de abstinencia, y precisamente por el consumo de drogas al que se ve sometido, produce las consecuencias negativas de exposición a miseria, necesidad de atención permanente o amenaza a la seguridad ajena.

Drogas alucinógenas son aquellas que producen perturbaciones en la percepción de la mente y los sentidos, produciendo la impresión de vivir situaciones de algún modo irreales.

"Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

(...)

8. *Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*"

La pena de interdicción civil existía en el Código Penal de 1924, hoy derogado. En el Código Penal vigente, la pena de interdicción civil ya no existe y parte de sus efectos están en la pena de inhabilitación. Debemos entender, por consiguiente, que la incapacidad de que habla este inciso 8 debe referirse a aquellos aspectos civiles de la pena de inhabilitación del nuevo Código Penal. Según el artículo 595 del Código Civil, ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil (ahora debe entenderse la pena de inhabilitación que tenga efectos de interdicción civil), el fiscal pedirá dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado y también pueden pedir tal cosa el cónyuge y los parientes del interdicto. El mismo artículo añade que si

el fiscal no hace este pedido, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

#### *Artículo 45*

*"Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela."*

Patria potestad, tutela y curatela son *poderes* de los representantes sobre sus representados. Aunque esta definición no se utiliza más en los textos legales, el significado de las tres instituciones sigue siendo el de un poder de una persona sobre otra. Este poder, desde luego, existe para controlar los actos del representado, pero también para asistirlo y darle seguridad en sus relaciones jurídicas privadas.

El objeto central de los poderes que tratamos es el de que los representados ejerciten sus derechos civiles a través de los representantes y no, como dice el texto, que los representantes legales ejerzan los derechos civiles de los representados. Es un problema de expresión pero que en una lectura desavisada puede llevar a confusiones más o menos graves.

La patria potestad es ejercida por los padres (o por uno de ellos si el otro no puede o está impedido) sobre los hijos que no han cumplido dieciocho años de edad. Está regulada entre los artículos 418 y 471 del Código Civil.

La tutela es ejercida por el tutor sobre el pupilo. Pupilo es un menor de dieciocho años de edad que no está bajo patria potestad (y que tampoco goza de capacidad de ejercicio según los términos del artículo 46 del Código Civil). El tutor cuida de la persona y los bienes del pupilo. La tutela está regulada entre los artículos 502 y 563 del Código Civil.

La curatela que nos interesa en este trabajo se instituye sobre los incapaces mayores de edad que quedan incursos en cualquiera de los incisos 2 y 3 del artículo 43, o de los incisos 2 a 8 del artículo 44.

Hay que destacar la norma del artículo 566 que dice:

*"Código Civil, artículo 566.- No se puede nombrar curador para*

*los incapaces sin que preceda la declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44."*

Esta norma es importantísima por la siguiente razón: la norma general consiste en que el mayor de dieciocho años tiene capacidad de ejercicio. Si quien pasó los dieciocho años cae en los supuestos de los artículos 43 ó 44, entonces será incapaz relativo o absoluto, según los casos. Pero esa incapacidad tiene que ser declarada por alguien que tenga poder de limitar el valor normativo de la regla general antes señalada. En caso contrario, cada ser humano podría considerar incapaces a todos o algunos de los demás y la sociedad no tendría orden ni concierto.

Por ello, sólo el juez puede declarar por resolución judicial la incapacidad de una persona mayor de dieciocho años, siguiendo el procedimiento denominado de «interdicción de incapaces» que está regulado entre los artículos 1331 y 1336 del Código de Procedimientos Civiles. Esto es lo que se dice un poco a medias en este artículo 566. Se hace excepción del inciso 8 del artículo 44, referido a la interdicción anexa a una pena, porque en ese caso la resolución judicial ya se ha producido y no haría falta una segunda.

#### *Artículo 46*

*"Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.*

*Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio.*

*La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste."*

Quienes caen en los supuestos de este artículo, adquieren plena capacidad de ejercicio. Los dos primeros párrafos son suficientemente claros. Según el último, la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste, sea por divorcio, viudez u otra de las posibles causas de terminación de la relación conyugal, a pesar que el o los ex-cónyuges sean aún menores de edad.

Desde luego, tampoco se perderá la capacidad adquirida por la obtención de título oficial, porque éste, a diferencia del divorcio, no puede "concluir".

Sólo un asunto resulta discutible en el texto del artículo 46 y es el siguiente: ¿Qué pasa con una pareja de menores de dieciocho años que realiza un matrimonio nulo o anulable y que es declarado inválido antes que tengan los dieciocho años cumplidos?

No parece que los codificadores se hayan percatado del problema porque sino una simple mención de permanencia o no de la capacidad en éste caso hubiera sido suficiente.

Al no existir disposición expresa alguna, tenemos que integrar y, por este camino, consideramos que la respuesta está contenida en el artículo 284, que atribuye efectos civiles al matrimonio para el o los contrayentes que tuvieron buena fe. Esto equivale a decir que si uno o los dos carecieron de ella, entonces no se benefician del mantenimiento de la capacidad.

Aunque consideramos ésta la respuesta correcta, se le puede objetar que el Código ha buscado por todos los medios que la capacidad se adquiriera en base a supuestos objetivos (una edad, un matrimonio, un título) y en este caso el factor determinante será la buena fe, que es subjetivo. Por ello, estimamos que debiera hacerse la modificación legislativa que permita aclarar definitivamente la situación.



## **CAPITULO VI**

### *AUSENCIA*



La ausencia es una situación jurídica en la que cae una persona que deja de estar presente en el lugar de su 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. La ausencia no es, pues, cualquier alejamiento: un viaje de negocios o de descanso, o aún un viaje de aventura no configuran el fenómeno que el Derecho Civil considera ausencia.

Carlos Enrique Becerra Palomino plantea así la situación de ausencia:

*"(...) la ausencia se refiere a la situación de una persona que:*

- a) *No se encuentra en el lugar de su domicilio,*
- b) *Se ignora su paradero,*
- c) *Carece de representante suficientemente facultado; y*
- d) *Respecto de quien puede llegar a dudarse sobre su existencia con el transcurso del tiempo."*<sup>40</sup>

---

40 BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique... *Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984*. En: DERECHO, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991; num. 45.- pp. 21-22. (Es importante dejar constancia que este trabajo de Becerra Palomino es un estudio completo del problema de la ausencia, con referencias no sólo a la legislación vigente, sino a los antecedentes históricos y a la doctrina más importante. Un trabajo que es indispensable consultar en nuestro medio sobre el punto.

Para enfrentar la incertidumbre que surge en torno a esta persona, el Derecho Civil ha establecido desde muy antiguo la institución de la ausencia, que se gradúa en diversas etapas, según distintas variables pero principalmente dos: el tiempo que dura la ausencia ininterrumpida, y las condiciones en las que ella se produjo (no es igual, por ejemplo, el clásico caso de quien anuncia que va a comprar cigarrillos a la esquina y no regresa más, que el de un pasajero embarcado en un avión que nunca llega a destino).

En el Perú la ausencia tiene dos manifestaciones jurídicas que son las que corresponden al título VI que hemos empezado a comentar aquí: la desaparición (artículos 47 y 48) y la declaración de ausencia (artículos 49 a 60). Sin embargo, estas son las dos manifestaciones en las que el Derecho establece la presunción de que el ausente todavía vive en algún otro lugar y, por consiguiente, puede eventualmente retornar. Decimos que desaparición y ausencia son dos «manifestaciones» y no dos «etapas», porque si bien pueden ser sucesivas en el sentido de que primero se produzca jurídicamente la desaparición y luego la ausencia, en realidad la segunda puede ser declarada sin que previamente se haya establecido judicialmente la desaparición.

Sin embargo, la ausencia produce una tercera manifestación que es la *muerte presunta*. La muerte presunta se declara, según veremos, por las causales del artículo 63, y precisamente en los casos en los que alguien no está ya presente en el lugar de su domicilio, pero de cuya muerte no existe la certeza porque no se ha encontrado sus restos mortales ni tampoco indicios de ellos. La muerte presunta está legislada entre los artículos 63 a 66 del Código Civil y la comentaremos en su propio lugar, es decir, en el título VII que corresponde al fin de la persona. También es una "manifestación" en el sentido que para declarar la muerte presunta no es necesario que la hayan precedido jurídicamente la desaparición o la ausencia.

Si hace algún tiempo el tema de la ausencia era poco significativo en el Derecho Civil, hoy ha cambiado radicalmente. La atención al ausente deviene en esencial cuando en el país por violencia política hay cerca de diecinueve mil desaparecidos. Este es un problema de dramática complejidad que escapa al marco del Derecho Civil, pero que también tiene un importante reflejo en él que no puede dejar de ser mencionado.

## 1.- DESAPARICIÓN

### Artículo 47

"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 encuentren sus bienes puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de curador interino.

*No procede tal designación si el desaparecido tiene mandatario con facultades suficientes."*

La *desaparición* es la respuesta jurídica a una situación de hecho que tiene los siguientes elementos:

- La persona no se halla en el lugar de su domicilio. Es decir, que no puede ser encontrada donde jurídicamente corresponde ubicarla. Como sabemos, domicilio y residencia son distintos. Para que la persona «no se halle en el lugar de su domicilio» tiene que ocurrir que no puede tomarse contacto con ella luego de probar todas las posibilidades de determinación del domicilio que son: el lugar de su residencia habitual (artículo 33); el domicilio especial que haya designado (artículo 34); y que tampoco se le encuentre físicamente en sitio alguno (artículo 41).

Es decir, no es desaparecido quien no se halla en su residencia habitual (no se sabe donde pernocta ni descansa), pero a quien se puede ubicar escribiéndole a un apartado postal en el que recibe normalmente su correspondencia y la responde. Tampoco es desaparecido quien no viviendo en su residencia habitual, es normalmente visto en los alrededores y al que, en consecuencia, puede considerársele domiciliado en el lugar donde se le encuentra según el artículo 41.

- No se tiene noticias de su paradero, es decir, no se tiene certeza de donde podría ser posible ubicarlo y, ni siquiera, se sabe si sigue o no existiendo como persona.

- No tiene mandatario con facultades suficientes (para manejar sus bienes y negocios). Becerra Palomino estima que debiera decirse «representante» o "apoderado" antes que mandatario y lo propio piensa Fernández Sessarego <sup>41</sup>.

Estos tres requisitos tienen que ser concurrentes para que pueda considerársele desaparecido desde el Derecho Civil.

La consecuencia es que el Ministerio Público, o cualquier parte interesada, pueden solicitar al juez de primera instancia del último domicilio o del lugar donde se encuentren sus bienes, que nombre un curador interino. Comprobada la desaparición, el juez deberá proceder a nombrar dicho curador.

El procedimiento para tramitar judicialmente el efecto de la desaparición, está en el artículo 4 del Decreto Legislativo 310:

*"Decreto Legislativo 310, artículo 4.- Para la aplicación del artículo 47 del Código Civil, rigen las siguientes normas:*

1. *Presentada la solicitud a que se refiere dicho artículo, el juez dispondrá se notifique:*
  - a. *A la persona presuntamente desaparecida, mediante avisos judiciales por tres veces interdiarias, con observancia de los artículos 153 y 164 del Código de Procedimientos Civiles;*
  - b. *Al cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos y mandatario del presunto desaparecido, si existieren y cuyos domicilios fueren conocidos;*
2. *Transcurridos diez días desde la publicación del último aviso, si no se apersonare alguna de las personas a que se refiere el inciso anterior, o no se formulare oposición, el juez designará al curador interino, dentro de los cinco días siguientes;*
3. *La oposición se tramita como incidente;*

---

41 *IBIDEM.* - P. 42

4. *La resolución judicial prevista en el inciso 2 será notificada en la forma prevista en el inciso 1;*
5. *Contra dicha resolución procede únicamente el recurso de apelación."*

En lo que se refiere a quién es "parte interesada", es decir, a qué tipo de interés es requerido para solicitar al juez que se nombre curador por desaparición, estimamos que se trata de los intereses económicos o morales de los que habla el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. Si bien sólo se habla de parte interesada y no "legítimamente interesada" como usa el artículo VI citado, hay que notar que el artículo 49, en una situación simétrica, habla de legítimo interesado. Por consiguiente, para el legislador que el interés tenga el calificativo de legítimo o no lo tenga, no afecta sustantivamente la calidad del concepto.

Además, la posibilidad de que en ambos casos proceda la solicitud del Ministerio Público, hace aquí una alusión tácita a un interés social de solidaridad. Dice al respecto Fernández Sessarego:

*"La intervención de oficio del Ministerio público se justifica en la medida que existe un interés social de por medio. A la sociedad jurídicamente organizada compete, a falta de personas que exhiban legítimo interés, el cautelar los derechos y bienes de un miembro de la comunidad que, al haber desaparecido, es considerado judicialmente ausente."*<sup>42</sup>

Los intereses que se pretende proteger pueden ser actuales o expectativos.<sup>43</sup>

Según el artículo 2030 inciso 2, la resolución que declare la desaparición debe ser inscrita en el Registro Personal de los Registros Públi-

---

42 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos... Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano Derecho de las Personas.- En: Código Civil IV Exposición de motivos y comentarios. Lima, Delia Revoredo de Debakey compiladora, 1985, pp. 139-140.

43 No es éste el lugar de fundamentar afirmaciones como ésta porque habría que hacer digresiones extensas al tema central. Sin embargo, las razones de estas y otras afirmaciones sobre el problema del interés pueden encontrarse en dos trabajos nuestros: Título Preliminar.- Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, varias ediciones, capítulo VI; y, El interés subjetivo.- En: Tratado de Derecho Civil - Tomo I - Título Preliminar.- Lima, Universidad de Lima, 1990.- pp. 253 y siguientes

cos. Como señala Fernández Sessarego, la desaparición es un hecho que no requiere declaración judicial y en efecto tal declaración no ocurre porque sólo se nombra el curador de bienes. Sin embargo, dicha resolución deberá ser inscrita en el registro personal de todas maneras por razón de la norma que comentamos. Respecto de este tema se recomienda revisar los artículos referentes al Registro Personal y las disposiciones generales sobre Registros Públicos, ubicadas en los artículos 2008 a 2023 del Código Civil.

Otras normas del Código aplicables a la desaparición son el artículo 274 inciso 3; el artículo 597 y el 616 utilizados en el comentario del siguiente artículo; el artículo 796 inciso 6 y el artículo 2030 inciso 2.

#### *Artículo 48*

*"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."*

Este artículo remite genéricamente a todas las normas referentes a la curatela. Sin embargo, dentro de ellas, el artículo 597 se refiere específicamente a nuestro tema:

*"Código Civil, artículo 597.- Cuando una persona se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero según lo establece el artículo 47, se proveerá a la curatela interina de sus bienes, observándose lo dispuesto en los artículos 569 y 573. A falta de las personas llamadas por estos artículos, ejercerá la curatela la que designe el juez."*

El artículo 569 establece a quienes corresponde preferentemente ejercer la curatela como curadores legítimos y el artículo 573 complementa estas normas indicando que a falta de curador legítimo, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia (legislado éste entre los artículos 619 y 659 del Código Civil. Ver particularmente el artículo 638).

Según el artículo 616 del Código Civil, *"La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto."*

La desaparición es así una manifestación temprana del alejamiento de la persona. Por ello si se declara cualquiera de las otras manifestaciones jurídicas del alejamiento (ausencia o presunción de muerte), los efectos cambian: en la ausencia se dará posesión temporal de los bienes del ausente a sus herederos forzosos y en la muerte presunta será un fallecido para todos los efectos jurídicos. Desde luego, la otra posibilidad es que la persona reaparezca en cuyo caso tratarlo como desaparecido deja de tener sentido y también en este caso debe cesar el efecto de la desaparición.

Un asunto importante es que como la desaparición ha sido declarada por resolución judicial, en caso que la persona regrese tendrá que hacerse un trámite judicial para que sea el juez quien revoque su anterior resolución. Esto no es necesario en la ausencia ni en la muerte presunta porque ellas, a su vez, son declaradas judicialmente.

## 2.- DECLARACIÓN DE AUSENCIA

### Artículo 49

*"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."*

La declaración de ausencia se produce en circunstancias más graves que la simple desaparición, pues han transcurrido dos años desde la última noticia del desaparecido. Esta última noticia puede ser de cuatro tipos:

- Su presencia física en el lugar de su domicilio. En este caso, el término inicial del plazo de dos años será el último día que se le vió. Se supone que luego de alejado del lugar, no ha vuelto a entrar en comunicación.
- Un hecho comprobable, por ejemplo, que tomó un avión y desembarcó en un determinado aeropuerto, o puerto, o terminal terrestre,

etc. El término inicial del plazo será el día de esta circunstancia, debidamente probada,

- Una comunicación inmediata, por ejemplo, una llamada telefónica, una comunicación por facsimil o telégrafo y similares. En el caso del teléfono la comunicación es directa e instantánea y en los otros casos, el lapso entre dejar el mensaje y comunicarlo es muy breve de manera que el término inicial del plazo de dos años tendría que ser la fecha de la llamada telefónica (debidamente comprobada, desde luego), o del envío de la comunicación de que se trate en los otros casos.
- Una comunicación diferida, por ejemplo, el envío de una carta. En este caso, transcurre un lapso que puede ser significativo entre el envío y la recepción. Becerra Palomino sostiene, con razón creemos, que aquí hay que tomar como término inicial del plazo de dos años el momento de emisión <sup>44</sup>.

Sobre el legítimo interés y la participación del Ministerio Público, es aplicable el comentario que hicimos sobre estos puntos al artículo 47.

La declaración de ausencia es judicial, es decir, hecha por los tribunales. La competencia es establecida alternativamente para el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido, o del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes. La norma de competencia es simétrica a la del artículo 47, pero si se designó curador interino por desaparición, probablemente la declaración de ausencia debería pedirse ante el mismo juez. Tal vez el Código debió dictar esta disposición.

Sin embargo, como ya se ha dicho, para que proceda la declaración de ausencia no es necesario que se haya procesado previamente la desaparición. Esto es obvio desde que el artículo 49 no establece este paso previo como uno de los requisitos.

El Decreto Legislativo 310 trae dos normas procesales respecto de la declaración de ausencia. La que corresponde a esta parte es el artículo 5:

---

44 BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique ... *Op. cit.*— p. 56.

*"Decreto Legislativo 310, artículo 5.- La solicitud prevista en el Artículo 49 del Código Civil se tramita con observancia de los artículos 1272 a 1280 y 1283 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto sean aplicables."*

Según el inciso 2 del artículo 2030 del Código Civil, la declaración de ausencia debe inscribirse en el Registro Personal de los Registros Públicos.

La ausencia, además de en esta parte del Código, está tratada en diversos artículos: 274 inciso 3; 318 inciso 4; 319; 326; 334; 466 inciso 2; 616; 637; 638; 653; 654; 796 inciso 6; 855 inciso 2; 987; 1307; 1651 y 2069.

El artículo 364 también menciona al marido ausente, pero esto da la impresión de no referirse a la declaración de ausencia que tratamos aquí, sino al hecho físico de no haber estado presente en el lugar durante el tiempo del parto. Lo propio ocurre con el artículo 1758 pero aquí sí, obviamente, se refiere a personas que están a la distancia pero no a dos ausentes porque eso no tendría sentido. La plurisignificación de la palabra ausente, debe ser tenida en cuenta al analizar e interpretar las normas que la contienen.

### **Artículo 50**

*"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."*

De acuerdo a este artículo, en la declaración judicial de ausencia ocurrirán dos cosas:

- El efecto patrimonial inmediato es el otorgamiento de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictar la resolución judicial del caso.

Nótese que no se abre la sucesión del ausente, porque ello equival-

dría a abrir su eventual testamento y, en todo caso, a transferir sus bienes a los herederos. En vez de ello, lo que se les reconoce es «posesión temporal», es decir, no la propiedad sino el ejercicio de hecho de la propiedad, respaldado por el derecho (que es a lo que equivaldría esta posesión temporal de derecho).

Los herederos forzosos están indicados en el artículo 724 del Código Civil: son los hijos y los demás descendientes, los padres y demás ascendientes y el cónyuge. Según el artículo 729 del Código el orden y las preferencias de los herederos forzosos entre sí se regula de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada. Las normas aplicables para este caso son los artículos 816 y 817.

Hay que tener en cuenta la norma del inciso 2 del artículo 855 que establece:

*"Artículo 855.- La partición judicial es obligatoria en los siguientes casos:*

*(...)*

2. *Cuando hay heredero declarado ausente, a solicitud de las personas a quienes se haya dado posesión temporal de sus bienes."*

— Si no existen herederos forzosos, entonces lo único que queda por hacer es instituir un curador de bienes del ausente (si no había sido declarado desaparecido), o mantener el que se le nombró entonces.

Respecto de esto, todos los autores que han escrito sobre la materia critican que el Código diga que "continuará" la curatela establecida en el artículo 49 porque, como ya hemos visto, para la declaración de ausencia no hace falta que se haya establecido judicialmente la desaparición.

### **Artículo 51**

*"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.*

*El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente."*

El mandato de la primera parte del artículo obliga a que antes de entregar la posesión temporal de los bienes del ausente, se formule un inventario valorizado. Esta es una exigencia correcta porque no se está transfiriendo la propiedad sino sólo la posesión, con lo cual la propiedad queda jurídicamente en el ausente. Lo que ocurre es que su prolongado alejamiento refuerza la suposición de que no retornará y en tal virtud se permite la distribución de sus activos. En cualquier caso, si el ausente retornara, se le restituirá el patrimonio que tenía y se distribuyó y éste constará en el inventario valorizado.

El segundo párrafo dice dos cosas importantes:

- que el poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión que constan en el Código entre los artículos 896 y 922. Hay que destacar de todo ello que según el artículo 896, "*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.*" En consecuencia, el poseedor legítimo como es el caso de estos herederos forzosos, tiene la atribución de gozar de todos los derechos inherentes a la propiedad (con las limitaciones que se establece en los artículos subsiguientes, desde luego). Esto quiere decir que, como el verdadero propietario no está en el lugar, se le está dando un derecho de posesión que en la práctica es lo más cercano posible a la propiedad misma.
- Goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente. Es decir, el poseedor temporal hace suyos los frutos de los bienes del ausente, pero de ellos debe dejar intocada la cuota de libre disposición que, según las circunstancias, puede ser el tercio de los bienes (artículo 725 del Código Civil), o la mitad de los bienes (artículo 726). Por supuesto, resulta evidente que si el ausente no tiene herederos forzosos tampoco habrá posesión temporal de sus bienes, por lo que el artículo 727 del Código no puede ser aplicado a este caso.

## Artículo 52

*"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."*

En la medida que los poseedores temporales no son propietarios, no pueden realizar los actos de enajenación (transferencia de la propiedad del bien) ni de imposición de gravámenes (que pueden significar el remate del bien o su transferencia a terceros).

Se hace la excepción de los casos de necesidad o utilidad en los cuales, de acuerdo al artículo 56, para enajenar o gravar tienen que cumplirse dos condiciones: autorización judicial y disposición sólo de lo que sea indispensable.

## Artículo 53

*"Artículo 53.- La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente."*

Según el artículo 2036 del Código Civil, se inscribe en el Registro de Mandatos y Poderes de los Registros Públicos, los instrumentos en que conste el mandato o el poder, y aquellos instrumentos en los que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, de ser el caso.

La declaración de ausencia determina que si existía un representante o apoderado del ausente, (el código habla de mandatario en el artículo 47) sus funciones concluyan pues los bienes de los que se encargaba serán dados en posesión temporal a los herederos forzosos que existieren.

En la medida que según el artículo 2038 el tercero que de buena fe y a título oneroso contrata sobre la base del mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por las extinciones de dicho mandato no inscritas, es indispensable que la resolución de declaración de ausencia sea inscrita en el registro para que cualquiera pueda enterarse que el representante o apoderado que dejó el ausente, ya no tiene tal calidad por resolución judicial. (El tercero se con-

sidera informado con la inscripción en el registro porque, de acuerdo al artículo 2012, se presume sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones).

Como ya se dijo antes, también la declaración de ausencia debe ser inscrita en el Registro Personal de los Registros Públicos, según el inciso 2 del artículo 2030 del Código Civil.

#### *Artículo 54*

*"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."*

El administrador judicial de bienes comunes se instituye para que ejerza la labor de administración de los bienes y distribución de las rentas a los propietarios. Es mucho más simple que exista un administrador común, a que todos los interesados, en asamblea, pretendan ser eficientes en la realización de esta administración. En general puede decirse que a mayor cantidad de herederos forzosos del ausente, mayor probabilidad, y conveniencia, que se designe un administrador judicial. La norma del artículo 54 es práctica y sabia en este sentido.

Según la disposición, no se requiere ni unanimidad ni mayoría para designar el administrador. Basta que lo solicite cualquiera que haya obtenido posesión temporal. Aquí el Código sacrifica la decisión mayoritaria en pos de lograr una situación más segura para todo el caudal del ausente. Esto es razonable desde que todavía no se puede presumir que haya muerto pero, sin embargo, sus bienes son repartidos a sus herederos forzosos en una posesión temporal que para efectos prácticos, como vimos, se parece lo más posible a una propiedad. Y como todo ello ocurre por mandato de la ley, creemos que hay razón suficiente para que la propia ley tome precauciones para la buena administración de dichos bienes.

#### *Artículo 55*

*"Artículo 55.- Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:*

- 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."*

En realidad, los siete incisos de este artículo no son "derechos y obligaciones" del administrador sino sus funciones, que deben ser ejercitadas discrecionalmente salvo las precisiones que le sean establecidas en la ley o por el juez. Al ejercitar esas funciones el administrador puede ejercer su discreción pero, al mismo tiempo, será responsable de los daños que se produzcan por sus errores.

En general, las atribuciones señaladas son claras y no nos sugieren mayores comentarios. Sólo uno breve sobre el inciso cuarto en el que no se establece cual es la periodicidad de distribución de los saldos y que, por consiguiente, tendrá que ser establecida por el juez (lo que es razonable porque la periodicidad de que se trate deberá depender de las circunstancias, de la naturaleza de los bienes y las rentas, etc).

### **Artículo 56**

*"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."*

El administrador administra y no dispone. Por lo demás, los bienes son del ausente y no de los poseedores temporales, como ya ha quedado establecido. Por consiguiente, no es razonable que esos bienes puedan ser enajenados (es decir, transferidos en propiedad) o gravados (porque los bienes gravados pueden ser rematados o transferidos en propiedad de diversas maneras y según los casos). Sólo en caso de necesidad o utilidad y en la medida de lo indispensable, el administrador puede enajenar o gravar previa autorización judicial.

En el Derecho, por *necesidad* se entiende lo que no puede ser de otra manera, es decir, que al utilizarse esta causal tiene que demostrarse que es indispensable disponer o gravar el bien porque de otra manera no se soluciona la situación planteada, a fin de lograr la autorización judicial.

Por *utilidad* se entiende una situación en la que si bien no es posible probar la necesidad, sí se puede demostrar que disponer o gravar el bien es útil (es decir, es una buena alternativa), para solucionar el problema que existe.

De cualquier forma, en el espíritu del Código (y en la buena razón también), está el principio de que en materia de bienes del ausente, la disposición o el gravamen de sus bienes tienen que ser la última alternativa en ejecución y que debe preferirse todas las otras que resulten razonables.

#### **Artículo 57**

*"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."*

Las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles están entre los artículos 1195 y 1211 de dicho cuerpo legislativo.

#### **Artículo 58**

*"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.»*

Según el texto de la norma, queda bastante en claro cuál es la situación en la que el cónyuge del ausente puede pedir esta pensión.

Sin embargo, no queda igualmente claro quiénes más pueden hacerlo, porque deben reunir las siguientes características:

- Ser herederos forzosos. Esto sí queda claro del artículo 724 del Código Civil: "*Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.*"

Pero: ¿son todos los herederos forzosos indicados en el 724, o sólo los que de entre ellos han tenido acceso a la posesión temporal de los bienes? La primera respuesta es que los que han tenido acceso a la posesión temporal están incluidos de todas maneras pero, ¿los excluidos por ser de menor orden? En cierto sentido, podemos decir que los que pertenecen a los órdenes excluidos no son herederos forzosos con derecho actual sino expectatio y el Código no protege a estos intereses en materia sucesoria. Por ello estimamos que los excluidos de la posesión temporal, también lo están de la posibilidad de recibir la pensión.

- Ser económicamente dependientes del ausente. ¿Cuál es el alcance de esta parte del artículo? Puede referirse a los que ya dependían del ausente antes que se alejara; puede referirse a quienes requieran alimentos del ausente, sea este requerimiento previo o posterior a su alejamiento.

En nuestra opinión, la dependencia del ausente sólo puede ser establecida jurídicamente por la obligación actual de dar alimentos.

En otras palabras, consideramos que el artículo 58 beneficia exclusivamente a los herederos forzosos que han tenido derecho a acceder a la posesión temporal de los bienes del ausente y, de entre ellos, sólo a los que tengan un derecho actual a recibir alimentos del ausente, sea que ya lo hubieran tenido antes del alejamiento o que lo obtengan luego.

El requisito que ha establecido el artículo es que obtengan rentas que no sean suficientes para satisfacer sus necesidades alimentarias. Este punto deberá ser evaluado por el juez antes de autorizar la pensión.

El monto de la pensión será graduado por el juez según dos criterios complementarios: la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.

La pensión que se entregue será una deuda del patrimonio del ausente y deberá descontarse de las rentas antes de la distribución (si hay administrador judicial de los bienes del ausente, la pensión se enmarcará en la primera parte del inciso 2 del artículo 55).

El Decreto Legislativo 310, en su artículo 6, trae norma procesal sobre este artículo del Código Civil:

*"Decreto legislativo 310, artículo 6.- La solicitud prevista en el artículo 58 del Código Civil se tramita en la vía incidental.*

*En caso de inexistencia de herederos, la solicitud se entenderá con el curador correspondiente."*

El segundo párrafo del artículo es obviamente un error, porque si alguno tiene derecho a pedir la pensión es el cónyuge o los otros herederos forzosos. Por consiguiente, si no hubiera herederos, tampoco puede haber solicitud de pensión.

### **Artículo 59**

*"Artículo 59.- Cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:*

- 1. Regreso del ausente.*
- 2. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.*
- 3. Comprobación de la muerte del ausente.*
- 4. Declaración judicial de muerte presunta."*

Los dos primeros incisos son el fin del alejamiento jurídico del sujeto. En el inciso 1 vuelve física y jurídicamente; en el segundo, no regresa físicamente pero designa apoderado con lo que su voluntad está representada nuevamente en el lugar de su domicilio. Para que produzca efectos, esta designación de apoderado debe ser realizada con posterioridad a la fecha de la resolución judicial que declara la ausencia.

La comprobación de la muerte del ausente hace incompatible la posibilidad de considerarlo vivo pero ausente. La declaración judicial de muerte presunta, que veremos a continuación, tiene los efectos jurídicos de la muerte natural, salvo que si la persona retorna con vida se puede hacer un reconocimiento de existencia (artículos 67 y 68 del Código Civil).

Es importante notar que, en la medida que la declaración de ausencia se hace por resolución judicial, el cese de los efectos debe también hacerse por declaración judicial.

#### **Artículo 60**

*"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 resolución es dictada dentro del procedimiento de declaración judicial de ausencia.*

*En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59 se procede a la apertura de la sucesión."*

El primer párrafo indica que producido el regreso del ausente, o nombrado el apoderado al que se refiere el inciso 2 del artículo anterior, se restituye el patrimonio que había sido entregado en posesión temporal a los herederos forzosos.

El artículo dice que la restitución se hace "en el estado en que se encuentre" el patrimonio. Es decir, que el propietario reaparecido no tiene derecho a recuperar su patrimonio exactamente como lo dejó, sino que en base al inventario valorizado que se hizo según el artículo 51, deberá añadirse lo que lo benefició y restarse lo que lo perjudicó, además de tomarse en consideración las disposiciones y gravámenes de bienes que se haya autorizado según el artículo 56. Aunque nada se dice, considera-

mos que se le deberá restituir el tercio de los frutos que los poseedores temporales debían retener según el artículo 51 del Código. El ausente no podrá pedir el resto de los frutos que correspondieron por derecho a los poseedores temporales, también según el artículo 51.

Desde luego, la administración de los bienes entregados en posesión temporal (sea por los herederos forzosos directamente o sea por el administrador judicial), está sometida a todas las responsabilidades que la ley exige para estos casos, según la buena o mala fe que se haya tenido al llevarla adelante, con todos los matices del caso.



## CAPITULO VII

### *FIN DE LA PERSONA*



## 1. MUERTE

### Artículo 61

*"Artículo 61.- La muerte pone fin a la persona."*

Con la muerte termina la existencia del ser humano y por tanto, deja de ser sujeto de deberes y derechos. Todas sus relaciones y situaciones jurídicas se cancelan en cuanto a ella misma, aunque algunas pueden ser transferidas a los herederos. En este sentido, la persona no se volatiliza del Derecho con la muerte sino que, desapareciendo como centro de imputación de deberes y derechos, deja aún huella y efectos.

Algunos ejemplos de lo que significa decir que con la muerte la persona deja de ser sujeto de deberes y derechos, son los siguientes:

- Deja de ser padre o madre, o cónyuge. Sus situaciones jurídicas se extinguen.
- Se cancelan todas sus obligaciones personalísimas. Así, el cuadro encargado al gran pintor deja de ser obligatorio de pintarse; la conferencia magistral del sabio ya no será exigible, etc.
- Si existía algún juicio por responsabilidad penal contra la persona, se archiva definitivamente y ya no podrá seguir el juzgamiento.

Al propio tiempo, ejemplos de la huella y efectos que deja la persona luego de su muerte son:

- Su voluntad testamentaria deberá ser cumplida con obligatoriedad jurídica.
- Sus obligaciones no personalísimas deberán ser asumidas por sus herederos.
- Sus decisiones sobre disposición de su cadáver deberán ser acatadas.
- Su intimidad, su imagen y su voz permanecen protegidas y sólo pueden ser dispuestas con autorización de sus herederos.
- Su prohibición de publicación póstuma estará en vigencia un plazo máximo de cincuenta años.

Entonces, el efecto de la muerte de una persona en la vida jurídica no es simple sino complejo, y conduce a varias situaciones que no pueden ser simplificadas al punto de decir que la persona desaparece del derecho en el instante que fallece.

La discusión de cuándo ocurre la muerte ha sido larguísima y sin posibilidad de llegar a un consenso definitivo. En el Perú, una norma reglamentaria ha establecido un criterio de Derecho positivo que soluciona la discusión cortando el nudo gordiano. Es el artículo 21 del Decreto Supremo 014-88-SA:

*"Decreto Supremo 014-88-SA, artículo 21.- La muerte cerebral de una persona es la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral la misma que tiene traducción clínica y electroencefalográfica.*

*La muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Civil."*

Hemos desarrollado ampliamente los detalles que involucra este artículo del Decreto Supremo 014-88-SA (y otras normas que le son referidas) en el punto 2.2.1.2.2. del tratamiento de los artículos 6 al 12 del Código Civil en este trabajo.

## Artículo 62

*"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."*

Esta es una norma clásica del Derecho Civil a propósito de la muerte. El problema al que se refiere es aquella situación en la que dos o más personas murieron sin que se pueda probar cuál de las dos murió primero. Desde luego, probar quien murió antes que otro no es, en general, una situación que se necesite probar muy a menudo por lo que el problema tiene un número de aplicaciones reducido, pero puede ser importante en ciertas circunstancias. Sobre todo tiene que ver con los problemas hereditarios, como se puede ver fácilmente de la parte final del artículo. Un ejemplo aclarará rápidamente lo que haya quedado oscuro de esta explicación:

Supongamos un varón y una mujer que no están casados (y que no tienen derecho a heredarse entre sí). Esta pareja tiene un hijo. Supongamos que la madre es una persona acaudalada y hace un viaje con el hijo en avión. El avión se estrella y los dos mueren. Si el hijo murió luego que la madre, la hereda y, al morir él, lo hereda su padre. En otras palabras, el hijo podría ser el vehículo de transmisión de la riqueza de su madre a su padre. Sin embargo, como el artículo 62 dice que se les reputa muertos al mismo tiempo sin transmisión de derechos hereditarios, entonces el hijo no es hereda a su madre y el padre no tiene qué heredar de su hijo. La herencia de esa mujer irá a sus otros herederos forzosos según el orden establecido en el Código y que aparece en los artículos 816 y 817 (a menos que haya dejado testamento en cuyo caso habrá que atenerse a sus disposiciones en lo que fueren legales).

## 2.- DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

### Artículo 63

*"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:*

1. *Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.*
2. *Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.*
3. *Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido."*

La declaración de muerte presunta es una tercera manifestación de la ausencia del sujeto del lugar de su domicilio. También es la más grave aunque no definitiva. La más grave porque equivale para todo efecto práctico inmediato a su muerte física. No definitiva porque siempre podrá ser posible que si el ausente no ha muerto, exija un reconocimiento de existencia en el futuro. Sin embargo, es probable que luego de su muerte presunta, este reconocimiento de existencia no le devuelva su vida anterior plenamente y, en ciertas circunstancias, habrá perdido hasta su cónyuge.

La muerte presunta se declara cuando las circunstancias permiten suponer razonablemente que el ausente murió. No hay prueba definitiva de que la muerte haya ocurrido, pero sí un amplio margen de seguridad.

El primer supuesto es que hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias o cinco si tuviere más de ochenta años de edad.

Si alguien no retorna a su domicilio transcurridos diez años, lo más probable, en efecto, es que haya muerto o, en todo caso, una ausencia tan prolongada hace un poco innecesario mantener la presunción de que sigue vivo y que retornará. La regla sobre cómo debe controlarse el plazo de diez años sobre las últimas noticias, fue ya comentada a propósito del artículo 49 y lo dicho allá es aplicable aquí.

La norma específica que será un plazo de cinco años desde las últimas noticias si el ausente tuviere más de ochenta años de edad. La edad añade peligro o posibilidad de muerte a la desaparición.

La redacción del inciso primero es ambigua en lo que toca a la edad de ochenta años. Fernández Sessarego considera que tiene que haber teni-

do esa edad al momento de desaparecer: *"La diferencia del dispositivo del Código con el citado artículo 611 del Código de 1936 reside en que éste último prescribía, como uno de los supuestos para la declaración de muerte presunta, el discurrir del tiempo suficiente para que la persona cumpliera la edad de ochenta años, mientras que el actual numeral señala, para tal efecto, el transcurso de cinco años desde la fecha en que el desaparecido hubiera cumplido tal edad."* <sup>45</sup>

Pero de la lectura del inciso, no aparece contundentemente que el ausente tenga que tener ochenta años cuando desaparece. Más bien, la redacción sugiere que al transcurrir cinco años de la desaparición, el ausente tuviera ochenta años, es decir, que hubiera desaparecido a los setenticinco años. Según el propio Fernández Sessarego, éste era el requisito en el Código de 1936 y no se ve bien por qué hay que cambiarlo por vía interpretativa cuando existen antecedentes tan sólidos. En consecuencia, nosotros opinamos que los ochenta años tienen que ser cumplidos no en el momento de la desaparición sino en cualquier momento entre los cinco y los diez años de la regla general de la primera parte del inciso 1 que comentamos.

El inciso segundo se pone en la situación que la ausencia se haya iniciado en circunstancias de peligro de muerte. El plazo, dice, corre a partir de la cesación del evento peligroso. El caso típico es el de quien no vuelve a ser encontrado luego de participar en una operación de guerra, o el de quien es sacado de su casa por un comando armado no identificado. En estos casos es razonable pensar que si la persona no regresó en el transcurso de dos años, falleció en el evento de que se trate. Por supuesto, si se trata de un acto repentino y de final inmediato (como el secuestro por un comando armado) el plazo de dos años se cuenta desde esa fecha. Si se trata de una guerra, habrá que empezar a contar el plazo desde que ella finaliza. En casos como el de la Segunda Guerra Mundial, entre la desaparición y el fin de la guerra puede transcurrir cinco años, es cierto, pero es el margen de seguridad razonable y generalmente aceptado.

El inciso tercero habla de la certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. Esto ocurrió, por ejemplo, con varios integrantes del equipo de fútbol profesional del Alianza Lima, que cayó en un avión al mar frente a las costas de Lima, y puede ocurrir con un alpinista que cae un precipicio de, digamos trescientos metros, cuyo cadá-

ver no se encuentra nunca. En este último inciso, es el único en el que la declaración de muerte presunta puede ser hecha con relativa rapidez.

El Decreto Legislativo 310 dicta norma procesal sobre la muerte presunta:

*"Decreto Legislativo 310, Artículo 7.- Para la aplicación del Artículo 63 del Código Civil, rigen las siguientes normas:*

1. *La solicitud prevista en dicho Artículo se tramita con observancia de los Artículos 1284 a 1287 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto sean aplicables.*
2. *El peticionario debe probar la causal invocada en la solicitud.*
3. *La solicitud será puesta en conocimiento de las personas que podrían ser herederos forzosos de aquel cuya muerte se presume y al Ministerio Público;*
4. *la sentencia será dictada previo dictamen del fiscal, y será publicada en el Diario Oficial «El Peruano», por tres veces consecutivas, cualquier fuere el lugar donde se sigue el proceso;*
5. *Contra la sentencia proceden los recursos de apelación y nulidad.*
6. *La sentencia no apelada será elevada en consulta:*
7. *Ejecutoriada la sentencia, se ordenará su inscripción en el registro del estado civil."*

Según el inciso 2 del artículo 2030 del Código Civil, la resolución que declara la muerte presunta debe inscribirse en el Registro Personal de los Registros Públicos.

Además de los artículos de esta parte del Código, se refieren a la muerte presunta los siguientes: 274 inciso 3; 319; 616 y 709.

#### **Artículo 64**

*"Artículo 64.- La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones."*

El matrimonio del ausente queda disuelto y se inscribe en el registro de defunciones. En otras palabras, disuelve la vinculación matrimonial. El cónyuge del ausente es ahora viudo para todos los efectos de su vida personal y, desde luego, puede volver a contraer matrimonio sin bigamia (en referencia a este tema y su evolución en caso de que vuelva la persona cuya muerte se presume, ver el artículo 68).

### Artículo 65

"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."

En todo este aspecto de la muerte presunta, el Código no dice nada sobre cuándo ha de entenderse producida la muerte. Becerra Palomino () opina que al establecerse en este artículo la obligatoriedad de indicar la fecha probable (y si es posible también el lugar), lo que se pretende es que para todos los efectos prácticos la muerte presunta se tenga como ocurrida en dicha fecha. Es una opinión completamente razonable y la compartimos, aunque hubiera sido deseable que el Código diera expresamente la norma al respecto, para evitar problemas interpretativos.

De esto se deduce que la resolución que declara la muerte presunta no es *constitutiva* de dicha muerte, sino *declarativa* de la misma.

Si bien compartimos esta posición con Becerra Palomino, hay que anotar que la redacción del artículo 319, en lo referente a muerte presunta, parece decir que la sociedad de gananciales fenece en la fecha de declaración de muerte presunta, que es la fecha de la resolución judicial correspondiente. Es un desajuste en la concordancia del Código que habría que solucionar con una modificación.

### Artículo 66 .

"Artículo 66.- El juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia."

De acuerdo a lo que se acredite en el procedimiento establecido para declarar la muerte presunta, el juez según su sano criterio, podrá considerar que no hay en el caso argumentos suficientes para considerar

que el ausente ha fallecido y, como medida de precaución, podrá declarar la ausencia en vez de la muerte presunta. No hay mayor aporte de criterios para la toma de esta decisión en el Código, por lo que el criterio del juez será el factor definitorio.

La norma es clara en sí misma y consideramos que su operación es bastante fácil de entrever en relación a los incisos 2 y 3 del artículo 63, pero no lo es tanto frente al inciso 1.

En el caso del inciso 1, se puede declarar la muerte presunta cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si el desaparecido tuviere más de ochenta años de edad. Hay que notar que el plazo de alejamiento que se establece para declarar la ausencia es de dos años y aquí de cinco y de diez. Es obvio que la no presencia de la persona es mucho más seria no sólo cuantitativamente en el inciso 1 del artículo 63. Además, podría perfectamente suceder que la ausencia ya hubiera sido declarada hace tres u ocho años. En ese caso, ¿cabría sólo ratificarla?

Ante estas consideraciones, estimamos que en el caso de este inciso, sería muy discutible que el juez esté en condiciones de sustituir la muerte presunta por la ausencia entendiendo razonablemente las cosas (aunque, desde luego, una interpretación exclusivamente literal del artículo 66 sí podría hacerlo).

### 3.- RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA

#### *Artículo 67*

*"Artículo 67.- La existencia de la persona cuya muerte hubiere sido judicialmente declarada debe ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado o del Ministerio Público, dentro del mismo proceso, con citación de quienes intervinieron en éste y sin más trámite que la prueba de la supervivencia."*

La circunstancia que plantea este artículo es aquella en la que se declaró la muerte presunta de un ser humano y éste reaparece. Como cada uno tiene derechos que no le pueden ser arrebatados mientras existe

realmente, entonces habrá que hacer un reconocimiento de existencia y reponerle los derechos en la medida de lo posible (pues no todo lo que le perteneció, ni todas las relaciones que tuvo pueden restablecerse automáticamente).

La prueba de la supervivencia puede ser su presencia física en el que fue el lugar de su domicilio (con las pericias que acrediten su identidad, desde luego), o cualquier otra prueba indubitable de que existe en otro lugar. El Código no dice en el artículo 67 que para el reconocimiento de existencia la persona tenga que estar presente. Las reglas sobre prueba están en el Derecho procesal civil.

Están autorizados para pedir el reconocimiento de existencia el mismo sujeto, cualquier otro interesado o el Ministerio Público. Sobre este aspecto ver el comentario al artículo 47 del Código. Los criterios a aplicar aquí son los mismos que allá.

El reconocimiento de existencia no es un proceso judicial aparte, sino que se trata de un pedido dentro del mismo proceso en el que se declaró la muerte presunta. Por tanto, habrá que tramitarlo ante el juez del caso.

Becerra Palomino anota un tema distinto al de el reconocimiento de existencia, pero que tiene vinculación con él por constituir también finalización de la declaración de muerte presunta:

*"Cabe acotar, asimismo, otro hecho que también destruye la presunción de muerte: la comprobación de muerte en fecha distinta a la indicada en la resolución que declara la muerte presunta (aspecto no contemplado expresamente en el Código).*

*La importancia de ello estriba en que pueden existir herederos distintos a quienes tenían tal calidad en la fecha declarada en la muerte presunta. De darse tal caso, quienes resultaran ser herederos a la muerte comprobada podrán ejercitar la acción petitoria de herencia (art. 664), la misma que es imprescriptible."*<sup>47</sup>

Inclusive puede ocurrir que, antes de morir en el sitio donde mora-

---

47 BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique... *Op. cit.* - 66. Al final del texto que hemos citado, Becerra Palomino cita, a su vez, a Jorge Solari Aguela.

ba, el ausente hubiera hecho un testamento que, indudablemente, tendría valor y debería ser observado. Nos parece obvio que el Código debería tratar la situación con una norma expresa aunque, vía interpretación, se puede llegar fácil y coherentemente a la misma solución.

### *Artículo 68*

*"Artículo 68.- El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge."*

Ardua discusión ha habido sobre la norma del artículo 68 con posterioridad a la publicación del Código Civil. Las posibilidades de solución son varias pero pueden resumirse en tres grandes alternativas, que fueron las expresamente consideradas en distintos momentos de la elaboración y aprobación del Código:

- Que el reconocimiento de existencia no invalide el nuevo matrimonio del cónyuge.
- Que sí lo invalide y, en consecuencia, sería tratado como un matrimonio invalidado contraído de buena fe (artículo 284 del Código Civil).
- Que el cónyuge del reaparecido que contrajo nuevo matrimonio, elija entre el anterior y el actual.

En realidad, opinamos que cualquiera que sea la norma que se dicte, la situación emergente de los hechos es en realidad dolorosa y complicada y ninguna solución es adecuada.

De todas ellas la menos adecuada nos parece la de dejar al cónyuge que está en los dos matrimonios, elegir cuál continúa. Puede llegar a ser una presión psicológica muy seria y no es razonable someter a esa prueba a un ser humano.

Las otras dos son gruesamente equivalentes en nuestro criterio porque siempre habrá, cuando menos, una persona perjudicada.

Desde el punto de vista del ausente que regresa, es obvio que sufre un serio trastorno en su vida personal y familiar con la regla por la que

se ha optado pero, a menos que le hubiera sucedido algo verdaderamente inusual en el mundo actual, es muy difícil que no tenga la menor posibilidad de comunicar su existencia a su familia por un lapso prolongado como el que, en cualquier caso, se requiere para llevar adelante el procedimiento de declaración de muerte presunta. Por supuesto, existen casos de presos y rehenes de grupos criminales, políticos o terroristas (en el Perú y otros lugares del mundo) que son retenidos por mucho tiempo. Sin embargo, en esos casos se sabe que las personas están secuestradas y, por consiguiente, no es dable declarar la muerte presunta. Por estas consideraciones, creemos que la solución que adopta el Código en este artículo resulta razonable a pesar que, de todas maneras, causa un daño personal y familiar al que retorna (y que eventualmente pudo estar ausente sin su voluntad y sin poder comunicarse).

### *Artículo 69*

*"Artículo 69.- El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley."*

Si la persona retorna, tiene derecho a recuperar sus bienes porque era propietaria de ellos y en realidad, nunca lo dejó de ser pues la declaración de muerte presunta era eso mismo, una *presunción* que no puede ser opuesta a la realidad concreta.

Las reglas de la reivindicación son procesales y civiles. En lo civil, dos son las reglas generales que pueden ser resaltadas en un texto como éste: en primer lugar, que reivindicar un bien es uno de los poderes jurídicos de la propiedad (artículo 923 del Código); y, en segundo lugar, que la acción reivindicatoria es imprescriptible, aunque no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción (artículo 927 del Código Civil).

En realidad, es imposible determinar cuál será la situación de los bienes de esta persona pues ello dependerá de quién los recibió en herencia o legado y qué hizo con ellos. Comprender todas las posibilidades, exige hacer un análisis detallado del problema de la propiedad y de su transferencia, cosa que escapa a los marcos de este trabajo. Fernández Sessarego<sup>68</sup> enuncia algunas reglas básicas que resumimos a continuación:

---

48 FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS ... *Derecho de las personas*.— p. 140.

- El juez apreciará la buena o mala fe con que hayan actuado las personas que poseen los bienes del ausente para determinar las consecuencias del caso respecto de la posesión, de las disminuciones de valor, del régimen de frutos, etc.
- Los que hubieran adquirido los bienes de buena fe han hecho bien todo tipo de enajenación o de pago y sobre éstos, el propietario no tiene reclamo posible.
- Los actos de disposición y gestión de sus herederos son firmes aunque el propietario está en capacidad de sustituirse en las relaciones constituidas durante el tiempo de su desaparición, es decir, asumir los créditos respectivos.
- Tiene derecho a reclamar el precio pendiente de pago de bienes que hubiesen sido vendidos y a reivindicar aquéllos adquiridos con el producto de la venta de los que le pertenecían.
- Puede exigir el cumplimiento de obligaciones consideradas extinguidas a raíz de su muerte pero, añadimos nosotros, no podrá reclamar créditos ya sujetos a las reglas de la prescripción o la caducidad.
- La declaración de existencia no impide el curso de las prescripciones extintivas, ni de las caducidades, ni de la usucapión.

**CAPITULO VIII**

*REGISTROS DEL ESTADO CIVIL*



## *Artículo 70*

*"Artículo 70.- Los registros del estado civil son públicos. En ellos se inscriben los nacimientos, los matrimonios y las defunciones.*

*El reglamento de dichos registros determina los demás actos inscribibles conforme a ley."*

Los registros del estado civil son la institución del Estado que recoge tres datos esenciales sobre cada persona: su nacimiento, su matrimonio y su defunción. Por consiguiente hay tres registros de estado civil correspondientes a estos tres tipos de registro.

El establecimiento de los registros del estado civil ha sido progresivo en el Perú a partir del siglo pasado. Sin embargo, sólo en 1936 se les dió validez general y excluyente. Con anterioridad a esa fecha, las partidas de los registros del estado civil podían ser sustituidas, cumplidas ciertas condiciones, por las partidas de los registros parroquiales. Esto ocurría debido a que muchos lugares del territorio peruano con población significativa, no tenían oficinas de registro a distancias razonables. Todavía queda huella de esta situación en nuestro Código Civil. El artículo 2115 del Código Civil dice:

*"Código Civil, artículo 2115.- Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores."*

Es decir, que cumplido el supuesto del artículo 2115, hay hechos que se prueban aún hoy con los registros parroquiales y no con los civiles. Desde luego, son hechos ocurridos antes del 14 de noviembre de mil novecientos treintiséis, fecha en que entró en vigor el Código Civil derogado por el hoy vigente.

Los registros del estado civil son públicos, lo que quiere decir que cualquiera puede consultar su contenido y obtener copia de lo que en él se haya registrado.

Los Registros del estado civil tienen un reglamento dictado el 15 de Julio de 1937 aún en vigencia.

### *Artículo 71*

*"Artículo 71.- Habrá registros a cargo de las autoridades o funcionarios competentes:*

- 1. En todos los concejos municipales.*
- 2. En los consulados del Perú,.*
- 3. En otros lugares donde fueren necesarios, por aplicación de la ley de la materia."*

Los registros del estado civil son fundamentales para una marcha ordenada de la relación persona sociedad, así como en la relación ciudadano Estado. Estas dos relaciones no son exactamente las mismas: puede darse el caso, por ejemplo, del hijo de una familia de diplomáticos extranjeros que nace en el Perú pero que, con seguridad, adoptará la nacionalidad del país de sus padres. En ese caso no tenemos relación ciudadano-Estado, pero permanece la relación persona-sociedad porque ese niño tendrá que contar con una partida de nacimiento para su vida en el país y, probablemente, esa misma partida con reconocimientos consulares le servirá en el país del que finalmente sea ciudadano.

A la vez, un peruano que nace en territorio nacional, va a tener las dos relaciones simultáneamente: la de persona-sociedad (la partida de nacimiento le va a servir para matricularse en el colegio, etc.) y la de ciudadano-Estado (con su partida de nacimiento sacará pasaporte, libreta electoral, etc.).

Lo que hemos dicho del registro de nacimientos, puede aplicarse muy fácilmente a los matrimonios y las defunciones.

Debido a esta importancia, los registros del estado civil deben existir en tantos lugares como sea posible, cubriendo la mayor parte del territorio nacional. Además, tienen que estar a una distancia razonable del usuario, de tal manera que las inscripciones se realicen en la vida concreta.

Por ello se los ubica en los concejos municipales, que son las instituciones del Estado más cercanas al ciudadano común; en los consulados, para efecto de la inscripción de los peruanos nacidos en el extranjero y, añade el Código, en todos los otros lugares donde fueren necesarios porque podrá ser conveniente que existan registros no sólo en las municipalidades del país y en los consulados del extranjero. La ley regulará estos asuntos según el propio Código Civil.

#### *Artículo 72*

*"Artículo 72.- Las inscripciones se extienden en el registro del lugar donde ocurran los respectivos hechos, con las formalidades que determina la ley."*

El artículo establece que hay una vinculación entre el lugar donde ocurren los hechos que hay que registrar, y la oficina de registro de competencia en el territorio respectivo, es decir, que no puede inscribirse los nacimientos, matrimonios y defunciones en cualquier oficina sino en la que corresponde territorialmente al lugar de que ocurren. Las inscripciones se extenderán en partidas que deben cumplir las formalidades que exige la ley.

#### *Artículo 73*

*"Artículo 73.- Las partidas de inscripción prueban los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad."*

Las partidas de los registros del estado civil son documentos públicos que tienen carácter probatorio, es decir, el Derecho asume que lo que consta en una partida es cierto.

Desde luego, en las partidas podrá haber, y de hecho hay, registrados hechos falsos. En caso que ello ocurra, habrá que realizar un trámite judicial que declare la nulidad del registro y, en todo caso, que lo rectifique. Sin embargo, mientras tal declaración judicial no ocurra, la partida prueba lo que contiene.

La rectificación de partida tiene un procedimiento no contencioso entre los artículos 1321 y 1330 del Código de Procedimientos Civiles.

La nulidad del registro es una acción analógica a las de nulidad del acto jurídico porque lo que se desea invalidar, en realidad, es el acto de inscripción que dio origen a dicho registro. No es una acción real porque no tiene finalidades vinculadas a los bienes y a los derechos reales, ni es una acción personal porque no está dirigida contra nadie en particular sino contra un acto de inscripción. Por ello, estimamos que esta acción tiene un plazo de prescripción de diez años, cuyo término inicial debe ser el de la fecha en la que se realiza la inscripción misma, es decir, la fecha en que queda concluido el registro.

El efecto de la declaración judicial de nulidad de una partida es declarativo es decir, que no vale desde el momento en que se emite la resolución judicial del caso, sino que el efecto de dicha resolución se retrotrae al momento de inscripción mismo. Este es un efecto propio de las nulidades.

La nulidad de una partida será solicitada por el procedimiento correspondiente al juicio ordinario.

#### **Artículo 74**

*"Artículo 74.- Pueden hacerse rectificaciones o adiciones en las partidas de registro sólo en virtud de resolución judicial, salvo disposición distinta de la ley."*

Por ser documentos públicos e importantes, las partidas no pueden ser modificadas por el libre arbitrio de quienes son interesados en ellas. Esto generaría desorden en la vida social y los registros del estado civil buscan, precisamente, poner orden. Por ello, el juez deberá ameritar las circunstancias en las que se hace un pedido rectificación o adición, y tomará la decisión con criterio de conciencia. Sin resolución judicial no puede hacer cambio alguno en partida del registro extendida.

Hay que recordar aquí la concordancia con el primer párrafo del artículo 29 del Código: "*Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.*"

El procedimiento de rectificación de partidas de los registros del estado civil consta en los artículos 1321 a 1330 del Código de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, el propio artículo pone en su parte final una reserva al principio general de reforma por resolución judicial: permite que la ley establezca procedimientos distintos. Sin embargo, estos procedimientos tendrán que ser expresos y excepcionales. No se puede llegar a ellos por vía de interpretación o integración jurídica.

### **Artículo 75**

*"Artículo 75.- La persona afectada por la destrucción o pérdida de las partidas de inscripción puede probar los actos inscribibles por los medios que permite la ley, siempre que se acredite su inexistencia en el registro respectivo."*

Dada la importancia de los registros del estado civil, es indispensable consignar en el Código una norma como ésta, que permite a quien tenía inscripciones en un registro destruido o perdido, a que pruebe los hechos que le conciernen por los medios que permite la ley. Lo contrario, establecer que los hechos inscritos sólo se prueban con las partidas, sería condenar a estas personas a no poder probar lo que les toca sin responsabilidad alguna de ellas.

Los medios de prueba que puede utilizarse son los que tienen validez en el Derecho y, su tratamiento, se halla en el Código de Procedimientos Civiles.

Para que este medio de prueba extraordinario pueda utilizarse, es necesario que primero se acredite la inexistencia de las partidas en el registro respectivo, por mandato de la parte final del artículo 75.



La primera edición de *Para leer  
el Código Civil, Vol. XII*,  
se terminó, de imprimir en el mes de  
julio de 1992 en los talleres de Editorial  
e Imprenta DESA S.A., General Varela  
1577, Lima 5, Perú. La edición fue de  
2,000 ejemplares





PUBLICACIONES RECIENTES

ANONIMO

*Relación de los Agustinos de Huamachuco*  
*Edición, prólogo y notas de Lucila Castro de Trelles. 1992*  
XCI + 80 págs.

TEOFILO ALTAMIRANO

*Exodo: Peruanos en el exterior, 1992 - 225 págs.*

CARLOS BLANCAS, CESAR LANDA Y MARCIAL RUBIO

*Derecho Constitucional General*  
*3ra. ed., aum. y corr. Tomo II, 1992 - 597 págs.*

JOSE ANTONIO DEL BUSTO D.

*San Martín de Porras (Martín de Porras Velásquez), 1992 - 407*  
*págs.*

ADOLFO FIGUEROA

*Teorías Económicas del Capitalismo, 1992 - 245 págs.*

LUIS E. BACIGALUPO

*Intención y Conciencia en la ética de Abelardo, 1992 - 340 págs.*

JUAN OSSIO

*Parentesco, Reciprocidad y Jerarquía en los Andes, 1992 - 406*  
*págs.*

MIGUEL PIAGGIO

*Física con Ejercicios Vol. II, 1992 - 352 págs.*

HUGO SARABIA SWETT Y CARLOS VELIZ CAPUÑAY

*Introducción al Análisis, 3ra. ed. 1992 - 340 págs.*

JOSE TOLA PASQUEL

*Introducción a la Topología, 1992 - 147 págs.*



DE PROXIMA APARICION

PEDRO CIEZA DE LEON:

*Crónicas el Perú. Cuarta Parte.*  
*Las Guerras Civiles:*  
Vol. II – Guerra de Chupas  
Vol. III – Guerra de Quito

JORGE ARMANDO GUEVARA GIL

*Propiedad Agraria y Derecho Colonia*

GUILLERMO LOHMANN VILLENA

*Amarilis Indiana*

ARMANDO NIETO VELEZ

*Francisco del Castillo. El Apóstol  
de Lima*

LILIANA REGALADO

*Religión y Evangelización en  
Vilcabamba (1572 - 1692)*

MARCIAL RUBIO CORREA

*"El Derecho Civil" Biblioteca  
"Lo que debo saber" Vol. II*

ANIBAL SIERRALTA

*Contrato de Comercio Internacional,  
2da. ed.*

ALBERTO VARILLAS MONTENEGRO

*Literatura Peruana del siglo XIX*

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel, Apartado 1761.  
Lima, 1, Perú. Tlfs. 626390 y  
622540, Anexo 220, Fax 51-  
14-611785

