

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*



## **EL APOORTE PERSONALISTA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PERUANO\***

**DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS**

### **SUMARIO**

	<b>Pág.</b>
Introducción .....	127
Nuestro sistema .....	128
El aporte personalista del CC peruano .....	128
La proyección del CC peruano .....	129
Proyección legislativa .....	129
Otras proyecciones .....	129
Proyección doctrinal .....	129
Proyección jurisprudencial .....	130
Proyección en la vida .....	130
Observaciones .....	130
La persona y el concebido .....	130
Punto de vista filosófico .....	131
Fundamento jurídico .....	131
Todo niño es persona .....	131
El concebido es un niño .....	131
El concebido es persona .....	132

\* Exposición en la Universidad de Lima, Perú, con ocasión del Congreso sobre los diez años del Código Civil, setiembre de 1994.

<b>Capacidad de goce y capacidad de ejercicio o capacidad jurídica y capacidad de actuar . . .</b>	<b>133</b>
<b>Valores de la personalidad . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>La acción inhibitoria . . . . .</b>	<b>134</b>
<b>Nuevos derechos de la personalidad . . . . .</b>	<b>134</b>
<b>El daño a la persona . . . . .</b>	<b>135</b>
<b>El abuso de las situaciones jurídicas . . . . .</b>	<b>136</b>
<b>Conclusiones . . . . .</b>	<b>136</b>
<b>Bibliografía . . . . .</b>	<b>137</b>

## INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Comisión Organizadora por haberme invitado a participar una vez más en otro histórico encuentro limeño conformador, como los anteriores, de nuestra identidad cultural latinoamericana. Es un honor, igualmente, compartir el podio con los grandes continuadores y renovadores de la tradición romana en el siglo XX.

Es el momento de rendir un breve homenaje a los promotores iniciales que instalaron sus trabajos en julio de 1965 y después de casi veinte años de esfuerzo sostenido coronaron su obra cuando fue promulgado el Código Civil en 1984 (mediante Decreto Legislativo número 295).<sup>1</sup>

Entre ellos debo destacar al promotor principal del proyecto, desde el Ministerio de Justicia, el propio Carlos Fernández Sessarego, quien luego se unió a los trabajos de la Comisión y quien ha contribuido al despertar de inquietudes<sup>2</sup> entre las nuevas generaciones, iluminando con su filosofía personalista y tridimensional el mismo sistema latinoamericano.

Es el momento de rendir también un profundo reconocimiento a los grandes juristas peruanos (cuyos nombres no menciono para no ser omiso) que en la reciente década han provocado todo un hervidero, una ebullición y una revolución jurídica en la nueva generación de juristas, de la que debo mencionar especialmente a Juan Espinoza Espinoza, Yuri Vega Mere, Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, Luz Monge y Lucía Lanyi del Águila, quienes junto con los maestros de siempre, han logrado ya un reconocimiento internacional. La

producción jurídica peruana de estas décadas supera en mucho (en calidad y cantidad) todo lo que antes conocíamos de esta nación.

También en este momento oportuno para que los "padrinos del bautismo", como nos llamó hace algunos años a varios de los presentes el querido amigo Carlos Fernández Sessarego, meditemos acerca de los grandes aportes y, en particular, sobre el salto axiológico cualitativo que ha dado con este monumento jurídico el mismo sistema latinoamericano, ya que el Código peruano ha iluminado con su doctrina personalista todo el Derecho Civil latinoamericano.

Esta es una oportunidad también para que, como se nos ha solicitado al invitárse nos, brindemos nuestras opiniones y observaciones sobre el Anteproyecto del Ministerio de Justicia, actualmente en discusión, de modo que podamos contribuir en algo en este loable proceso de revisión, que será, por sus consecuencias, revisión del sistema.

Con esta exposición intento una valoración global de los aportes del nuevo Código Civil peruano, al sistema jurídico latinoamericano, en relación con los siguientes aspectos: 1) la posición jurídica del concebido como persona de conformidad con la Convención de Derechos del Niño, 2) las llamadas capacidad de goce y de ejercicio, 3) el daño a la persona, 4) la acción inhibitoria, 5) el abuso del derecho y 6) los nuevos valores de la personalidad, en particular el derecho a la identidad que se encuentra en la misma Convención Americana de Derechos Humanos.

1. Sobre la Codificación en Perú v. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en *Tendencias...*, p. 24 y el excelente prólogo de VIDAL, Fernando, al Código Civil, edición del Ministerio de Justicia, Lima, 1994.

2. Así lo reconocen sus discípulos. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Estudios...*, prólogo.

## NUESTRO SISTEMA

Los juristas latinoamericanos podemos entenderlos porque nuestros lenguajes jurídicos y nuestros valores de tradición romana son compartidos en todos nuestros países. Conformamos, en verdad, un sistema, sistema unitario formal y sustancialmente (conceptual y axiológicamente), desde el punto de vista del Derecho Comparado,<sup>3</sup> sistema que es dinámico y en el que encontramos una continuidad histórica,<sup>4</sup> que en nuestro caso concreto se ejemplifica con la serie de congresos de juristas de ordenamientos que son parte del subsistema latino-

americano, como los recientes de Lima y Bogotá.<sup>5</sup>

La Comisión de "Personas" del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica, tomando en consideración tal perspectiva romanista estableció en sus conclusiones:

"...se recomienda profundizar la herencia cultural común de que somos partícipes, como la clave justificante de la comunidad terminológica y axiológica capaz de facilitar la comprensión de una unidad que es realidad histórica".

## EL APOORTE PERSONALISTA DEL CC PERUANO

Tras décadas de estancamiento legislativo del Derecho Privado en América Latina, el nuevo Código ha reivindicado el Derecho Civil como ejemplar estructura legislativa en favor de la persona y de sus cualidades esenciales.

Muchos juristas extranjeros han elogiado la contribución del CC de Perú<sup>6</sup> y los propios juristas peruanos consideran que el mejor aporte del CC peruano es el Libro de las Personas.<sup>7</sup> Este libro, como buena parte del Código, se sustenta en el personalismo de Carlos Fernán-

dez Sessarego,<sup>8</sup> una filosofía donde la persona es vista como ser único e irremplazable, trascendente y libre, capaz de identidad y sociabilidad, de intimidad y de comunión, de despliegue y recogimiento y de asumir responsablemente el compromiso de su propio proyecto de vida.

En mi criterio, el gran valor del Código Civil peruano es su contribución a la integración de nuestros pueblos sobre una base axiológica personalista.<sup>9</sup>

3. V. SCHIPANI, Sandro, Discurso, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 14 y 17.

4. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en *Tendencias...*, p. 34.

5. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en *Tendencias...*, p. 57.

6. SCHIPANI, S., Congre. Lima, p. 15.

7. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, Introducción.

8. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, Prólogo.

9. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en *Tendencias...*, p. 18.

## LA PROYECCIÓN DEL CC PERUANO

### Proyección legislativa.

El Código Civil peruano ha sido un faro legislativo en América Latina; su luz se manifiesta en proyectos de ley. Concretamente en Costa Rica se propuso, ante la Asamblea Legislativa la acción inhibitoria siguiéndose los pasos del proyecto de Carlos Fernández Sessarego.<sup>10</sup> Lo mismo ha ocurrido en otros países de América Latina, como Argentina, donde se ha reconocido expresamente la influencia del Código peruano.<sup>11</sup>

Igualmente, los proyectos de reforma al Libro de las Personas del Código Civil costarricense, que surgieron en el Congreso Jurídico Nacional de 1989, tuvieron como base la filosofía del Código Civil peruano, además de la doctrina italiana.

Resumo los principales aspectos de las propuestas de ley surgidas de este evento:

Lo primero que se tuvo en cuenta fue el enfoque axiológico, para lo cual la Comisión se cuestionó acerca de los principios, valores y criterios que deberían permear la sistematización de una eventual legislación. Dentro de los planteamientos de principio debo recordar: la relevancia de la dignidad humana como criterio central, la consideración del ser humano, como el centro de todo el Código, de la persona, en su circunstancia y en su dimensión comunitaria,

como eje y razón de ser de lo jurídico. Entre las proyecciones concretas, se recomendó el establecimiento de una acción sumaria inhibitoria del daño actual o potencial.

### Otras proyecciones.

Este monumento legislativo no es sólo ejemplo para legisladores extranjeros; lo es, sin duda, pero, es más que eso: no es solamente un faro legislativo; su luz ha iluminado nuevas mentes, jurisprudencia, y ha generado nuevos cuestionamientos en otros países y, concretamente en el mío.<sup>12</sup> En realidad, se proyecta en todos los niveles de trabajo del jurista,<sup>13</sup> en la doctrina, en las opiniones de los jueces y en la vida misma.

### Proyección doctrinal.

El Código Civil peruano es un foco de luz doctrinal, que se proyecta no solamente en reformas civiles, sino en todo el Derecho Privado, incluido el Derecho Comercial y el llamado Derecho de la Libre Competencia, que no puede dejar de lado temas como el daño a la persona del consumidor;<sup>14</sup> se proyecta, principalmente, en las mentes de los nuevos juristas, que en sus obras citan abundantemente la doctrina inspiradora de esta nueva legislación.<sup>15</sup>

10. EXPEDIENTE N° 10830. PROYECTO REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 22 Y 1023 DEL CÓDIGO CIVIL. Proyecto original presentado por el Dr. Gerardo Trejos, acogido para su trámite por el diputado Javier Solís, con las modificaciones sugeridas por el Dr. Víctor Pérez Vargas.

11. V. BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, Reformas al Código Civil, proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 28.

12. No es la primera vez que el Derecho peruano se proyecta en otros países. En Costa Rica el Código General de 1841 se inspiró en la codificación Perú-boliviana de 1836 —según comentan Alberto Brenes Córdoba y Carlos José Gutiérrez—.

13. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 21.

14. V. en particular STIGLITZ, Gabriel A., Protección jurídica del consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1990, quien habla del "daño a la persona del consumidor", pág. 7. Tamb.: VEGA ARIAS, Rigoberto, Hacia una protección jurídica del consumidor, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994.

15. Véase por ejemplo, en Costa Rica, las tesis de grado de: BULGARELLI, Fiorella, Libre competencia y tutela del consumidor; ZELEDÓN, Ana Karina, Persona y comunidad en el Derecho Privado; VEGA, Rigoberto, Hacia una protección del consumidor en los tratados de libre comercio que suscribe Costa Rica; CASAFONT, Paola; AGUILAR, Irene, La acción inhibitoria, etc., todas ellas inspiradas en la filosofía personalista de Carlos Fernández Sessarego.

**Proyección jurisprudencial.**

Se proyecta, también, en sentencias judiciales y resoluciones administrativas de orden inhibitorio, tales como prohibiciones municipales de industrias contaminantes.

**Proyección en la vida.**

Se proyecta, finalmente, en concretas dis-

cusiones sobre la valoración del daño a la persona, por ejemplo para la tutela plena de trabajadores bananeros esterilizados por el uso de NEMAGÓN, un pesticida que ya estaba prohibido en los Estados Unidos y que una empresa transnacional distribuyó en Costa Rica, discusión que ha trascendido nuestro propio sistema y se produce en estos momentos en tribunales de Texas, EE.UU.

**OBSERVACIONES**

Los cambios que han ocurrido en los últimos años, en valores, sobre todo con la afirmación universal de la dignidad humana; en tecnología (espacial, genética, informática, telemática) y en la propia terminología jurídica, obligan a esta revisión constante de las leyes.

Los juristas peruanos, demostrando su capacidad de apertura al cambio y una loable disposición a la perfectibilidad y al mejoramiento (rasgo de lo humano), han realizado varios esfuerzos, como lo demuestran los diversos

seminarios nacionales e internacionales y la gran cantidad de nuevas obras jurídicas de primerísima calidad a las que he hecho referencia.

Hoy, sin embargo, los propios autores consideran que el nuevo Código requiere de una revisión y trabajan en ello. Con el propósito de aportar mis inquietudes en este proceso de constante renovación, que en gran medida siento mío, me permito realizar a continuación algunos comentarios:

**LA PERSONA Y EL CONCEBIDO**

Un claro avance del Código Civil peruano es haber considerado al concebido como vida humana, pero la verdad es que no puedo dejar de considerar al concebido como persona.

El Código Civil peruano lleva razón en reconocer que la diferencia entre el ser humano concebido y el ser humano nacido tiene importancia técnico jurídica, así como la tiene la distinción entre menor y adulto, por ser el primero sujeto de tutela preferente, siendo ambos seres humanos iguales en dignidad esencial,

en lo que se refiere a los valores fundamentales de sus respectivas personalidades (en particular, vida y salud).

Reconocer legislativamente un diverso régimen jurídico de dos tipos de seres humanos es importante, porque la clasificación no es un ejercicio mental sino que tiene implicaciones concretas en una diversidad de régimen jurídico de uno y otro tipo de ser humano; basta pensar en la diferencia entre el aborto y el homicidio en el Derecho Penal<sup>16</sup> o en la diferen-

16. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 19. Sin embargo es posible pensar en una diversa estructuración técnica de los tipos de sujetos jurídicos.

cia entre el Derecho Penal y el Derecho de Menores.

Sin embargo, otro problema es el de la mejor denominación para estas categorías de sujetos, pero este es un problema formal, una vez que estamos de acuerdo en dos cosas de fondo:

1. que el concebido es un ser humano, como lo es el niño o el adulto,
2. que la distinción entre ser humano concebido y ser humano nacido tiene sentido técnico jurídico por haber diversidad de régimen jurídico.

Si bien considero que se trata de una cuestión de nomenclatura, el problema "taxonómico" de la designación del ser humano concebido como sujeto o como persona nos lleva a consideraciones filosóficas y a otras relativas a las Convenciones Internacionales aprobadas y ratificadas por la mayoría de nuestros países.

#### Punto de vista filosófico.

El concebido debe verse como persona, tanto con fundamento en la perspectiva escolástica de "sustancia racional de naturaleza espiritual" como, desde una perspectiva meramente biológica, como portador de una carga genética única y de posibilidades de desarrollo, como cualquier otro niño o adulto.

Tampoco desde el punto de vista del Personalismo de Mounier puede negarse que el concebido es una persona pues es una existencia encarnada<sup>17</sup> y, además, una existencia humana irrepetible,<sup>18</sup> ya siendo y haciéndose, actualmente portadora de una eminente dignidad,<sup>19</sup> ya titular actual de un impulso vital potencialmente capaz de llegar a trascender la naturaleza<sup>20</sup> y ya movimiento hacia la libertad, la comunicación con el mundo y hacia la comunión con

el prójimo (no sólo con la madre) como lo prueban múltiples experimentos psicológicos. En síntesis, desde la perspectiva filosófica personalista el concebido es tan persona como el ser humano nacido.

#### Fundamento jurídico.

El fundamento jurídico de estas conclusiones se encuentra en la Convención de Derechos del Niño.<sup>21</sup>

Desde un punto de vista lógico, analizando la Convención citada, el silogismo podría plantearse así:

- Todo niño es persona,
- el concebido es un niño,
- el concebido es persona.

#### Todo niño es persona.

La primera premisa resulta del Preámbulo que habla del "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

No hay duda que el concebido es "miembro de la familia humana".

#### El concebido es un niño.

La segunda premisa resulta confirmada también por el Preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño:

"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida *protección legal*, tanto antes como después del nacimiento".

Aquí se habla nada menos que de la protección legal del niño antes del nacimiento. En

17. MOUNIER, El personalismo, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 16.

18. MOUNIER, *op. úll. cit.*, p. 24.

19. MOUNIER, *op. úll. cit.*, p. 40.

20. MOIX, *Candide*, El pensamiento de Emmanuel Mounier, Estela, Tortosa, 1964, p. 128.

21. Ratificada por Costa Rica, La Gaceta de 9 de agosto de 1990.

otras palabras, el concebido es un niño no nacido.

"...la interpretación anterior está dentro del escrito de la misma (de la Convención) pues el Preámbulo, en el noveno párrafo, se expresa diciendo que 'teniendo presente que, como se indica en la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'".<sup>22</sup>

El artículo 1 expresa:

"Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad..."

La expresión "todo ser humano" incluye claramente a los nacidos y a los no nacidos. Ser humano es lo mismo que vida humana, en expresión del Código Civil.

**El concebido es persona.**

Si la Convención protege al niño como persona y si niño es todo ser humano nacido o antes de nacer (no sólo el ser humano nacido) menor de dieciocho años, la conclusión salta clara: el niño, nacido o por nacer, es una persona.<sup>23</sup>

O sea: toda vida humana menor de dieciocho años es un niño y como todo niño es persona, con base en la igualdad fundamental de todos los miembros de la familia humana (a la que se refiere el citado Preámbulo) también el niño no nacido todavía es persona.

"...al emplearse el concepto de ser humano se está partiendo desde el concebido, como el niño no nacido... el ser humano, hombre, persona... todos estos conceptos se le aplican al concebido que es ya una vida humana distinta a los que lo engendraron".<sup>24</sup> "El embrión es una nueva vida humana. Es distinto de la madre y del padre. Es alguien que ya es".<sup>25</sup>

En resumen:

Niño: todo ser humano menor de 18 años  
¿no es acaso el concebido ser humano? "ser"...  
"humano"...

"El niño no nacido es persona humana por su ser de sustancia individual de naturaleza espiritual. Esto significa que todo individuo es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser. La calidad de persona, no dependerá de la conducta que desarrolla en la vida... ni por el desarrollo y forma que tenga el embrión o el feto, pues éste ya tiene, desde la concepción su propia carga genética que le da su individualidad, es decir, su 'ser humano'".<sup>26</sup>

22. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., p. 49.

23. "...la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 44 Sesión, el 20 de noviembre de 1989... previene en su artículo primero que 'para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...'" CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., p. 49.

24. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., p. 49.

25. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., p. 50.

26. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., pp. 49 y 50.

## CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO O CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE ACTUAR

Convendría superar la distinción tradicional de corte francés entre capacidad de goce y de ejercicio, por la más aceptable de "capacidad jurídica y capacidad de actuar".

Esta distinción tradicional pone como fundamento por un lado, el goce, y por otro, el ejercicio de los derechos.

Esta doctrina ha sido criticada porque:

- 1) Tanto el goce como el ejercicio representan posiciones actuales, además de que el goce es un modo de ejercicio.<sup>27</sup>
- 2) El goce y el ejercicio de los derechos no tienen relevancia en la distinción conceptual, puesto que la capacidad de actuar

puede desarrollarse en ámbitos diversos al ejercicio de los derechos, como ocurre con la llamada capacidad para obligarse y con la capacidad penal.<sup>28</sup>

- 3) La referencia a los derechos es limitada (goce de derechos, ejercicio de derechos), puesto que la capacidad, en cualquiera de sus dos formas, expresa una relación con múltiples situaciones jurídicas, como intereses legítimos, expectativas, potestades, etc. (además de los derechos subjetivos).

El derecho subjetivo ha de dejar de ser el centro del sistema, al pasarse de una perspectiva individualista a una perspectiva personalista y comunitaria.

## VALORES DE LA PERSONALIDAD

Partimos de la consideración de que son diversas las situaciones jurídicas subjetivas y no solamente derechos subjetivos las que conforman el tema de los valores de la personalidad.<sup>29</sup> Los "derechos subjetivos", entendidos como "situaciones jurídicas de posibilidad axiológica de una conducta" no agotan el cuadro de los mecanismos de tutela de estos valores.

Una de las conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional fue:

"...estamos frente a valores (y no meros derechos subjetivos) que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que, en algunos casos son poderes, en otros imposiciones, en otros prohibiciones, en otros potestades. No solamente a través de derechos individuales se realizan estos valores. Esta perspectiva ayudará a evitar los problemas que ha afrontado la doctrina, de la teoría de los 'ius in se ipsum', para determinar tanto el objeto, como los caracteres de estas situaciones jurídicas. Es por tales motivos que resulta recomendable hablar de la 'tutela civil de la persona' o de 'valores de la personalidad', en lugar de hablarse de derechos de la personalidad o de derechos de la persona".<sup>30</sup>

27. Estas y otras críticas fueron formuladas por COVIELLO, cit. P. FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè-ed., Milano, 1939, p. 86.

28. FALZEA, Angelo, *Capacità, Voci di teoria generale del Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970, p. 89. También en *Enciclopedia del Diritto*.

29. Coincide ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 99.

30. Estas fueron conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica.

## LA ACCIÓN INHIBITORIA

Este es uno de los grandes aportes del Código Civil peruano.

Se trata de proteger sobre todo a la persona, en forma general; de permitirle a cualquier interesado (titular de un interés merecedor de tutela jurídica) que se pueda ver afectado, o vea afectadas sus cosas o su ambiente, solicitar la intervención judicial.

En relación con el daño a la salud debe programarse como lo ha pedido Busnelli, una estrategia de defensa a ultranza contra cualquier iniciativa hostil, venga de quien venga... para evitar que por razones económicas se justifiquen estos daños, lo que revelaría una peligrosa impotencia del sistema para hacer frente a su propia supervivencia.

En relación con el daño al ambiente, que es también daño a la comunidad de personas y al planeta entero,<sup>31</sup> no bastan las soluciones jurídicas tradicionales, sino que es necesario un tratamiento especial (por su número, irreversibilidad y gravedad). En esta materia, el esquema de la responsabilidad civil tradicional ha caído en desuso, no solamente porque ahora se trata de prevenir y evitar el daño, más que de repararlo económicamente, sino principalmente porque hay perjuicios que no son negociables, en los que la compensación económica no compensa realmente el perjuicio.

Se trata de contrarrestar también el temor de los jueces frente a las responsabilidades civiles que se les puedan imputar por sus actuaciones, así como otorgarles un camino procesal; la idea es facilitar la prevención o eliminación de todo daño a las personas, a las cosas o al ambiente, derivado del abuso de cualquier situación jurídica, no sólo, como antes se dijo, de derechos subjetivos.

Esto es lo que se ha llamado en otros ordenamientos "Acción inhibitoria" (porque inhibe el daño o el riesgo) o "Preventiva".

En la Asamblea Legislativa de Costa Rica se elaboró un proyecto, basado en la doctrina de Fernández Sessarego, en los siguientes términos:

"El juez, a solicitud del potencial o actual afectado, del grupo representativo de intereses difusos interesado, o del ente público correspondiente, puede ordenar sea la cesación de un hecho o conducta susceptibles de causar daño a las personas o a las cosas o al ambiente, o la paralización de la actividad generadora del daño, mediante el trámite de los interdictos, o si fuere urgente mediante resolución especial motivada, sin responsabilidad para él, siempre que se le acredite en forma verosímil la posibilidad y realidad del uso extralimitado de cualquier situación jurídica y siempre que sus medidas sean correspondientes al riesgo".

## NUEVOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si bien es cierto que el CC peruano incluye nuevas formas de tutela de las manifestaciones de la personalidad, como el caso del derecho a la voz, conviene, en opinión de los propios

autores, realizar una ampliación de la lista de los llamados derechos de la persona.

Debe agregarse, por ejemplo, como valor fundamental de la personalidad "la salud", tras-

31. Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho: "La contaminación es un problema de todo el globo terráqueo...". KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por daño ambiental. Separata de anales del cincuentenario de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1991, p. 173.

cendiendo así la perspectiva tradicional de la "integridad física".

En particular, el caso del derecho a la identidad es ejemplar.<sup>32</sup>

Es la mejor doctrina jurídica impregnada de la filosofía personalista la que ha redescubierto al hombre como ser libre, en su radical dimensión única y personal.

*El derecho a la identidad es el derecho fundamental al propio modo de ser, verdadera expresión de la libertad en su afirmación dinámica diaria, como lo enseña el maestro Fernández Sessarego; un derecho a la singular forma de ser de cada persona, que no se reduce a un etiquetamiento formalista y fosilizante ("labeling"), mediante los esquemas fijos tradicionales relativos al estado civil, al sexo, a la edad, etc., sino que trasciende la forma para referirse a la globalidad del ser humano, en las expresiones más genuinas de su personalidad, en la realización cotidiana de sus valores.*

Los pactos internacionales de Derechos Humanos suelen afirmar un derecho de todo hombre al reconocimiento de *su* personalidad.

Concretamente, el Pacto de San José, o Tratado Interamericano de Derechos Humanos, establece, con fuerza superior a la misma

ley, que "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de *su* personalidad jurídica", al reconocimiento de *su* ser de persona, que no puede verse simplemente como punto formal de atribución normativo, sino que implica el reconocimiento de una dimensión existencial, real, dinámica, cambiante, pero unificada y singular.

Tradicionalmente esto ha sido interpretado como el derecho de todo ser humano de ser reconocido como sujeto en el mundo del derecho, pero hay algo más.

El interés fundamental que está en la base de mi derecho a la identidad *no es sólo de que se me reconozca personalidad jurídica (en general), sino, como lo dice el citado Pacto Interamericano de Derechos Humanos, es a que se reconozca mi personalidad jurídica.*

Esta disposición no puede verse simplemente como un derecho al reconocimiento formal, sino como la afirmación de un derecho de cada ser humano a *su* propia y única personalidad, a *su* propia identidad como persona.

"...en lo que concierne a la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, es imposible negar la presencia de un interés existencial que, vinculado con la dignidad de la persona, exige y requiere de adecuada protección jurídica".<sup>33</sup>

## EL DAÑO A LA PERSONA

He observado con preocupación que el artículo 1985 no ha sido reformado todavía.

Esta es la oportunidad histórica para que se realice una justificada intención, de nuevo de

Carlos Fernández Sessarego, la adecuada sistematización del daño a la persona, el tratamiento sistemático del daño a la persona en el Libro Primero del Código Civil,<sup>34</sup> que está metido por "la cocina" en expresión suya.

32. V. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en *Tendencias*, p. 96.

33. FERNÁNDEZ SESSAREGO, en *Tendencias...*, p. 198.

34. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en *Tendencias...*, pp. 35 y 36.

## EL ABUSO DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS

Debo referirme también al artículo 2 (reformado):

Por muchos años el "derecho" (entendido como derecho subjetivo) era el centro del universo jurídico; hoy la doctrina sabe que hay muchas otras situaciones jurídicas que no son derechos.

Junto a los derechos tenemos los poderes, las potestades (como la patria potestad que es poder y deber al mismo tiempo; o sea no es un derecho; o como la potestad tributaria), cargas (como las cargas de avisar la ocurrencia de un siniestro en materia de seguros), derechos potestativos (como el derecho del cónyuge inocente de demandar al culpable por divorcio); intereses legítimos (como el del no adjudicatario de una licitación donde ha habido desviación de poder), etc. ...o sea junto a los derechos hay otras situaciones jurídicas.

No solamente existen los derechos; no solamente de los derechos es posible abusar; se puede abusar de cualquier situación jurídica (abusar de la patria potestad, abusar de la acción en el proceso, abusar en las potestades

públicas, incluso se da el abuso en las llamadas cláusulas leoninas en las cláusulas generales de la contratación, en los contratos de adhesión y en los contratos tipo, etc.). El abuso se realiza, precisamente, *mediante el ejercicio* (AB-USO: FUERA DE SU USO, o sea fuera de su uso normal, lícito) de las situaciones jurídicas.

Anteriormente, el Código Civil peruano hablaba de "el abuso del derecho"; ahora, con el texto reformado, se habla del abuso en el ejercicio activo u omisivo *de un derecho*. Hay en esto una grave involución.

El abuso del Derecho: debe, en un sentido amplio, como lo acepta Juan Espinoza Espinoza, entenderse como abuso de diversas situaciones jurídicas: intereses legítimos, expectativas, potestades, cargas y otras, de las que es posible abusar también, pero cuando la ley habla de *un derecho*, se refiere claramente al derecho subjetivo y no a otras situaciones jurídicas y esto es una limitación que tiene el Código.

Bastaría expresar: "La ley no ampara el abuso de las situaciones jurídicas".

## CONCLUSIONES

Resumo mi exposición en lo siguiente:

- A. Debo reconocer los siguientes méritos al tratamiento personalista del Derecho Privado que hace el Código Civil peruano:
  - a. La consideración del concebido como ser humano.
  - b. La afirmación de nuevos derechos de la persona.
  - c. La introducción de la acción inhibitoria.
  - d. La introducción del daño a la persona.
- B. Me he permitido transmitir mis observaciones sobre lo siguiente:
  - a. La consideración del concebido como persona física.
  - b. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de actuar.
  - c. La ampliación de la idea del abuso de un derecho a la de abuso de cualquier situación jurídica.
  - d. El mejoramiento de la regulación de la acción inhibitoria y del daño a la persona según las enseñanzas originales de Fernández Sessarego.

Recuerdo que a Platón casi lo apedrean en la Magna Grecia cuando intentó sugerir reformas en la Corte del Tirano Dionisio de Siracusa, en la isla de Sicilia; al invitárseme como padrino de bautismo a aportar mis observaciones en este Congreso, he corrido ese riesgo, pero mi

propósito ha sido solamente contribuir en algo al mejoramiento de nuestro sistema, mediante la espontánea y sincera expresión de mis valo-

res y pensamientos, también personalistas.

Muchas gracias.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, *Reformas al Código Civil*, Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *Ponencia. Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia* (octubre, 1990), *Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Facultad de Derecho, setiembre-diciembre, 1990, Nº 1, vol. XXV, Nº 1.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Estudios de Derecho de las personas*, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Lima, 1990.
- FALZEA, Angelo, *Capacità, voci di teoria generale del Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè-ed. Milano, 1939.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano, Studium Editores, Lima, 1986 (2ª edición, 1987).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, INESLA, Lima, 1990.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil peruano y el Código Civil italiano de 1942*, Ponencia, Congreso de Lima, 1985, Cuzco, editores, 1986.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, discurso, Congreso Internacional, Lima, setiembre de 1988, Cultural Cuzco Editores, 1990.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Universidad de Lima, Lima, 1984.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad civil por daño ambiental*. Separata de anales del cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1991.
- MARITAIN, Jacques, *Scholasticism and Politics*, Image Books, New York, 1960.
- MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, EUDEBA, Buenos Aires, 1962.
- MOUNIER, Emmanuel, *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus, Madrid, 1967.
- ORDOQUI, Gustavo, *Estatuto de los derechos de la personalidad*, Acali Editorial, Montevideo, 1984.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino, *Alternativa ideológica: Comunitarismo, iustitia et ius*, Nº 7, Universidad de Los Andes, Mérida, 1971.
- SCHIPANI, Sandro, *Discurso en tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*, discurso, Congreso Internacional, Lima, setiembre de 1988, Cultural Cuzco Editores, 1990.
- STIGLITZ, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1990.