

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO, PERSONE E MERCATO**

**CICLO XXXIV**

**DERECHO DE LAS PERSONAS. LA INFLUENCIA DE LA CULTURA JURÍDICA  
ITALIANA EN EL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

**TESI PRESENTATA DA: CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES**

**TUTOR: Prof. MICHELE GRAZIADEI**

**COORDINATRICE DEL DOTTORATO: Prof. ELENA D'ALESSANDRO**

**ANNI ACCADEMICI: 2021/2022**

**SETTORE SCIENTIFICO IUS/02 DIRITTO PRIVATO COMPARATO**

**DISCIPLINARE DI AFFERENZA:**

## ÍNDICE

### Capítulo Primero

#### El derecho de las personas: su evolución en el derecho peruano

1.- La evolución del derecho de las personas en la experiencia peruana.....	7
2.- La concepción tridimensional de la persona.....	8
3.- La persona en el primer código civil peruano de 1852.....	12
4.- El código civil de 1936.....	17
4.1.- Fuentes e ideología.....	17
4.2.- Las personas naturales.....	20
4.3.- Las personas jurídicas.....	29
5.- La doctrina y el código civil de 1936 en materia de derecho de las personas.....	30
5.1.-El aporte de Darío Rodríguez Llerena.....	30
5.2.- El planteamiento de Ángel Gustavo Cornejo.....	32
5.3.- José León Barandiarán: el comentarista y el primer encuentro con la doctrina jurídica italiana.....	34
6.- Del código civil de 1936 al código civil de 1984.....	40
7.- Los supuestos personalistas del código civil de 1984.....	40
8.- La doctrina jurídica y el aporte del código civil de 1984.....	42
9.- La modernidad del código civil de 1984.....	43
10.-Las fuentes del libro primero sobre los derechos de las personas del código civil de 1984...45	
11.- La significación del Libro primero del código civil de 1984.....	48

## Capítulo Segundo

### Comparación de los códigos civiles vigentes de Italia y Perú en materia de derecho de las personas

1.- Existencialismo y su influencia en el Derecho Italiano.....	51
2.- Presupuesto: Constitución Italiana de 1947: <i>del individuo a la persona</i> .....	53
2.1.- Personalismo jurídico en la constitución italiana.....	55
2.2.- Técnicas de tutela de la persona.....	57
3.- El primer contacto sólido entre las culturas jurídicas peruanas e italianas: las “ <i>Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano</i> ” de Carlos Fernández Sessarego de 1964.....	58
4.- Semejanzas y diferencias de carácter sistemático entre el código civil italiano de 1942 y el peruano de 1984.....	65
5.- La tutela jurídica de vida intrauterina: el concebido.....	66
6.- La regulación de los derechos de las personas físicas o naturales.....	70
7.- El tratamiento de la persona jurídica o colectiva.....	78
8.- La tutela de la organización de personas no inscritas.....	84

## Capítulo Tercero

### La categoría del sujeto de derecho como aporte del código civil peruano de 1984 y la influencia de la doctrina italiana

1.- Sujeto de derecho y persona.....	86
2.- La concepción del sujeto de derecho y el influjo de la doctrina italiana en la construcción peruana.....	86
2.1.- El planteamiento de Francesco Messineo.....	87
2.2.- La contribución de Pietro Rescigno.....	88

2.3.- El aporte de Cesare Massimo Bianca.....	89
2.4.- La influencia de Francesco Galgano.....	91
3.- Sujeto de derecho en el código civil peruano de 1984.....	91

## **Capítulo Cuarto**

### **La persona natural en el código civil de 1984 y la impronta de la cultura jurídica italiana**

1.- El nacimiento como inicio de la persona natural.....	95
2.- El planteamiento sobre la capacidad jurídica en el código civil peruano.....	99
2.1.- Breve desarrollo histórico.....	102
2.2.-La concepción peruana sobre la capacidad jurídica.....	116
2.3.-La influencia de la Convención Internacional sobre los derechos con discapacidad...	117
2.4.- La reforma de la capacidad por el Decreto Legislativo N° 1384 al Libro Primero de Derecho de las Personas.....	120
3.- El tratamiento de la libertad y bienestar.....	131
4.- El derecho a la identidad personal.....	133
4.1.- El aporte de la doctrina y jurisprudencia italiana.....	137
4.2.-La perspectiva peruana. El planteamiento original de Carlos Fernández Sessarego: la identidad estática y la dinámica.....	139
5.- El derecho al honor, intimidad, imagen y a la voz.....	141
6.- El derecho al nombre y al domicilio.....	144
7.- El daño a la persona.....	146
7.1.- La experiencia italiana.....	148
7.1.1.- Los orígenes.....	148
7.1.1.1.- El aporte de Melchiorre Gioia.....	149
7.1.1.2. – El planteamiento de Cesare Gerin.....	153
7.1.1.3. - La contribución de Guido Gentile.....	154

7.1.1.4.- Balance de las contribuciones de Gioia, Gerin y Gentile.....	157
7.1.2.- La Escuela de Génova y el daño biológico.....	157
7.1.3.- La Escuela pisana y el daño a la salud.....	162
7.1.4.- La Escuela Jurídica de Turín.....	165
7.1.5.- La Escuela de Bolonia.....	168
7.1.6.- La Escuela de Trieste y el daño existencial.....	171
7.1.7.- Valoración del modelo italiano.....	187
7.2.- La experiencia peruana del daño a la persona: sus desarrollos y el daño al proyecto de vida.	
7.2.1.- La visión libertaria del ser humano: un aporte peruano.....	189
7.2.2.-La concepción tridimensional de la experiencia jurídica: la propuesta peruana.	191
7.2.3.- La reparación del daño a la persona.....	192
7.2.4.- El modelo peruano del daño a la persona.....	197
7.2.5.- El daño al proyecto de vida: la voz radical peruana del daño a la persona.....	198
7.2.6.- Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en la jurisprudencia peruana.....	200
8.- Desaparición, ausencia, muerte y reconocimiento de existencia de la persona.....	204

## **Capítulo Quinto**

### **La influencia de la cultura jurídica italiana en el tratamiento peruano de la persona jurídica y de la organización de personas no reconocidas**

1.- La influencia italiana en la formulación peruana sobre la persona jurídica.....	209
1.1.- La persona jurídica para Francesco Ferrara.....	209
1.2.- La perspectiva histórica-romanista de Riccardo Orestano.....	213
1.3.- La persona jurídica para Tullio Ascarelli.....	213
1.4.-La idea de persona jurídica de Gianguido Scalfi.....	215

1.5.- La persona jurídica según Francesco Galgano.....	216
2.- La visión peruana: la teoría tridimensional de la persona jurídica.....	218
3.- Disposiciones generales sobre las personas jurídicas.....	220
4.- Abuso de la forma de la persona jurídica y denominado levantamiento del “ <i>velo</i> ” de la persona jurídica.....	221
5.- La regulación de la asociación en el derecho peruano y doctrina jurídica italiana.....	224
6.- La fundación y el comité en el código civil peruano de 1984: influencias de la ciencia jurídica italiana.....	225
7.-La influencia de la doctrina y legislación italiana en la regulación de la organización de las personas no inscrita en el derecho peruano.....	229
8.- Tratamiento de la asociación, fundación y comité no inscritos.....	231
9.- Las comunidades campesinas y nativas en el código civil vigente del Perú.....	233
Conclusiones.....	237
Bibliografía.....	238

## Capítulo Primero

### El derecho de las personas: su evolución en el derecho peruano

#### 1.- La evolución del derecho de las personas en la experiencia peruana

Los códigos civiles peruanos de 1936 y de 1984 representan la concreción normativa del pensamiento jurídico de dos diversos momentos históricos: del individualismo al personalismo jurídico. Pensamiento jurídico que es tributario de las corrientes ideológicas imperantes en los momentos en los que ellos fueron elaborados. De la comparación de ambos textos legales se evidencia la rápida evolución experimentada por el Derecho, en general, y por el de las personas, en especial.

La evolución de la disciplina del derecho de las personas representa el indiscutible reflejo de la aceleración de los cambios sociales y del progreso de la ciencia y la técnica<sup>1</sup>. Como señalaba acertadamente el maestro del derecho de las personas en el Perú, el profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego<sup>23</sup> (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019), el vuelco filosófico sobre la comprensión de lo que es el ser humano contribuyó en el cambio revolucionario que se viene produciendo en el campo jurídico. Este hecho trascendental le es atribuido a los valiosos aportes de la corriente de pensamiento conocida como filosofía de la existencia, la que aparece en las primeras décadas del siglo XX.

---

<sup>1</sup> Fernández 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, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, compiladora Delia Revoredo de Debaquey, Librería Studium, Lima, 1985, pp. 37-38.

<sup>2</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Breves Reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del Derecho*, en: *El Derecho a Imaginar el Derecho*, Idemsa, Lima, 2011, p. 85.

<sup>3</sup> Para un estudio de la vida y aportes del ilustre jurista sanmarquino, véase Vega Mere, Yuri, *Carlos Fernández Sessarego: El hombre y su obra. Semblanza en homenaje a un auténtico humanista*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009, pp. 27-76.

En efecto, a la filosofía de la existencia le debemos el que haya desarrollado y sistematizado el planteamiento en cuanto a la naturaleza y estructura del ser del hombre. El ser humano es libertad, pero, al mismo tiempo, es un ente coexistencial y temporal<sup>4</sup>.

La nueva concepción del ser humano permitió el despegue del derecho de las personas como núcleo de los derechos humanos<sup>5</sup>. Esta nueva concepción del ser humano permitió que se aclaren sus derechos fundamentales.

Como es evidente, entre los códigos civiles peruanos del siglo XX, la diferencia entre ambos cuerpos legales, en cuanto a las instituciones del derecho de las personas, es notoria en lo que se refiere tanto a la concepción filosófica que tienen como substrato, fundamento. El profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>6</sup>, padre del código civil peruano de 1984, declaró que este cuerpo normativo se inspiró, en grandes sectores, en el personalismo humanista, alejándose de los rezagos del individualismo-patrimonialista que aún se encontraban en el código civil de 1936.

## **2.- La concepción tridimensional de la persona**

La visión del Derecho y, por consiguiente, de la persona o ser humano, no solo estuvo enmarcada dentro de una predominantemente concepción ideológica de carácter individualista y patrimonialista<sup>7</sup>, sino que se tuvo de lo jurídico una idea parcial y fragmentaria, que no daba cuenta de su realidad. Se pretendía centralizar el Derecho en torno a la tutela de la propiedad y, de otro lado, reducirlo solo a su dimensión formal, al aspecto lógico.

Los planteamientos individualistas y patrimonialistas, en cuanto se hallaban desvinculados de la experiencia jurídica y de la vida del ser humano, encaminaron a distorsiones en el Derecho. Lo jurídico no solo concierne a la tutela del sujeto, sino también a la protección de

---

<sup>4</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, Asstrea, Buenos Aires, 2015, p.24.

<sup>5</sup> Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019, pp. 1-4.

<sup>6</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Repensando el código civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p.285.

<sup>7</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho de nuestro tiempo. ¿Un nuevo modo de concebir el Derecho?* en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p.131-132.

los otros, del tejido social<sup>8</sup>. El Derecho es creado por los seres humanos para regular las relaciones en sociedad con la finalidad de proteger la libertad de cada uno para que pueda realizarse como persona, cumplir con su personal “*proyecto de vida*”<sup>9</sup>, dentro del bien común en el entramado social<sup>10</sup>. El Derecho pretende armonizar el interés de cada persona con el interés de la comunidad. No se puede proteger jurídicamente al ser humano fuera del contexto social ni se puede tutelar los intereses sociales en perjuicio del individuo. Debe tenerse presente que la persona es el centro y eje del Derecho<sup>11</sup>.

El Derecho es una exigencia existencial del ser humano. Pertenece a su estructura de ser social, permite al ser humano, al sujeto, convivir en sociedad mediante el vivenciamiento de valores formalmente contenidos en la normatividad jurídica. El ser humano es el creador del Derecho, su protagonista y destinatario. Por ello, en los últimos tiempos, como apuntaba bien Fernández Sessarego, se sustituye la expresión “derechos y deberes” por la de “*situación jurídica subjetiva*”<sup>12</sup>. Esta última noción, reconociendo la realidad coexistencial del ser humano, se refiere a que a cada derecho corresponde uno o más deberes, así como que en todo deber se presenta un plexo de derechos. Por ende, la situación jurídica subjetiva resulta ser el plexo de derecho y deberes, según lo posición que adopte el sujeto en el entramado social.

En tal sentido, el Derecho no puede privilegiar la sola protección del patrimonio del ser humano frente a su tutela jurídica integral. Lo jurídico tutela primordialmente al ser humano, que es su creador, su destinatario. El ser humano, para el personalismo propugnado por Carlos Fernández Sessarego<sup>13</sup>, es el centro y el eje de la juridicidad.

---

<sup>8</sup> Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la Teoría Tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009, pp. 1061-1063.

<sup>9</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, p. 225 y ss.

<sup>10</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, p. 49 y ss.

<sup>11</sup> El problema de la persona concierne al ordenamiento jurídico en su conjunto: Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, reimpression, Università degli Studi di Camerino- Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1982, p.12.

<sup>12</sup> Al respecto, Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del Derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*, tercera edición, Motivensa editora jurídica, Lima, 2018, pp. 64 y ss.

<sup>13</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y Persona*, p. 59 y ss.

Los cultores de la ciencia jurídica pretendieron comprender al Derecho como a la persona partiendo de planteamientos unidimensionales que se concentraban en un aspecto parcial de la experiencia jurídica, dejando de lado los otros aspectos que lo conforman.

La primera de estas escuelas, el jusnaturalismo, con su preocupación de los valores, hizo que el eje de lo jurídico atiende a ellos, olvidándose que éstos son únicamente vivenciados por el ser humano, por el sujeto, para posteriormente ser objetivados mediante el aparato normativo<sup>14</sup>. Se redujo el Derecho a una especulación respecto a los ideales jurídicos, prescindiendo de la vida humana y de las normas jurídicas, que los contiene<sup>15</sup>. El Derecho no puede reducirse a la dimensión axiológica, pero no puede ser alejada si se desea tener una visión global y completa de la experiencia jurídica<sup>16</sup>. No cabe olvidar también, como lo apuntaba con fina sensibilidad el gran jurista Francesco Galgano<sup>17</sup> (Catania, 31 de diciembre de 1932-Bolonia, 6 de febrero de 2012), que las construcciones del derecho natural pretendieron crear un “*patrimonio común*” de la humanidad, tomando también el derecho romano, para perpetuarse más allá de toda realización política del Derecho.

Por su parte, el positivismo formalista que llegó a su máxima expresión con la “*Teoría Pura del Derecho*” del jusfilósofo austriaco Hans Kelsen<sup>18</sup>, redujo a lo jurídico a un sistema normativo, a un conjunto de entes ideales, alejado de la vida humana y los valores. Estos, la vida humana y los valores constituían, de acuerdo con el planteamiento del egregio Kelsen, lo metajurídico, lo que estaba más allá del Derecho. Concebía al Derecho como si se tratase de una disciplina semejante a la lógica o a las matemáticas, que tienen como objetos de conocimiento a entes puramente ideales, fuera de la realidad social de la vida<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y Persona*, p. 128 y ss.

<sup>15</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El “derecho de daños” en el umbral de un nuevo milenio*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p.601-602.

<sup>16</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y Persona*, p. 68 y ss.

<sup>17</sup> Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bolonia, 2016, pp. 276-277.

<sup>18</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982. Para un estudio profundo de esta obra fundamental para la ciencia jurídica y sobre el pensamiento de Kelsen, Losano, Mario G., *La Teoría Pura del Derecho. Evolución y Puntos Cruciales*, Ediciones Argentina, Argentina, 2017.

<sup>19</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como Libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho*, cuarta edición, Motivensa Editora Jurídica, Lima 2017, p. 82 y ss.

El sociologismo jurídico, sustentado tanto por la labor de los jueces de Estados Unidos como por diversos juristas nórdicos, puso su énfasis en los hechos sociales y, aplicando una metodología propia de la sociología, modificó la estructura del Derecho, limitándolo a una disciplina “social”, con prescindencia de las dimensiones axiológica y normativa que se encuentran en su substrato. No obstante, sin desconocer lo valioso de este aporte en sus diversas modalidades, entre las que se incluye la famosa *Teoría Ecológica del Derecho* propugnada por el jusfilósofo argentino Carlos Cossio (San Miguel de Tucumán, 3 de febrero de 1903 – Buenos Aires, 24 de agosto de 1987)<sup>20</sup>, no es posible contraer lo jurídico solo a las conductas humanas intersubjetivas, sin los valores y a las normas jurídicas que, conjuntamente con la vida humana social, integran la concepción del “Derecho”. Si bien el Derecho es principalmente vida humana social, debe ser concebida en dinámica interacción con los valores y con las normas jurídicas, para comprender a cabalidad el fenómeno de lo jurídico.

En 1950, en Lima, capital del Perú, un joven estudiante presentaba una tesis para optar el grado de bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El título del trabajo era “*Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*”. Al finalizar la exposición de la tesis, los miembros del jurado calificador no entendieron, ni valoraron el original como rebelde planteamiento que propugnaba el joven estudioso, salvo un profesor, que además de ser el más brillante civilista de su época (fue el mayor comentarista del código civil peruano de 1936) era también un apasionado cultor de la filosofía del Derecho, éste era José León Barandiarán. A tal punto que este jurista asumió la posición propugnada en la tesis tres años después de postulada, la cual presentaba, por vez primera al mundo académico, lo que después se denominó “*Teoría Tridimensional del Derecho*”.

El autor del trabajo lo denominó “bosquejo”, por cuanto, según refería con esa humildad científica tan suya, un estudiante que recién ha concluido sus estudios universitarios solo puede dar un boceto, una pequeña pincelada a una obra, obra la más importante que un estudioso latinoamericano ha aportado al mundo jurídico.

Esta tesis desapareció extrañamente de la biblioteca de la Facultad de Derecho sanmarquina hace ya varios años. Sin embargo, llegó a ser conocida por intermedio de copias que se habían hecho de ella, no solamente en el Perú, sino que llegó a ser conocida en el extranjero. Sólo tres años después que esta original tesis fue expuesta en Lima, un ya famoso jusfilósofo

---

<sup>20</sup> Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, segunda edición, Losada, Buenos Aires, 1964. Véase también Cossio, Carlos, *Panorama della teoria egologica del Diritto*, en: *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, volume primo: *Filosofia e Teoria Generale del Diritto*, Cedam, Padua, 1950, p. 139.

brasileño, Miguel Reale (São Bento do Sapucaí, 6 de noviembre de 1910 – São Paulo, 14 de abril de 2006)<sup>21</sup>, publicaba su obra *Filosofía do Direito*, en la cual exponía la tridimensionalidad dinámica de lo jurídico.

A mediados de los años ochenta, los profesores David Sobrevilla y Domingo García Belaunde propusieron al autor de la tesis que la misma se publicase. Después de muchas vacilaciones, el autor accedió. De esta forma, el mundo jurídico, pero especialmente los jóvenes que se inician en el conocimiento de la ciencia jurídica pudieron apreciar el singular aporte de un estudioso creativo y humanista integral, quien fue la más importante personalidad jurídica peruana de la segunda mitad del siglo XX y del actual XXI.

En efecto, frente a las conocidas carencias que caracterizaban la escuela axiológica como normativistas y las sociológicas, y superando los planteamientos unidimensionales insuficientes en sí mismas para proporcionar una visión global y completa de lo jurídico y de la persona, se elabora en la década de los años cuarenta del siglo XX, presentada en 1950 como tesis de bachiller universitario, la Teoría Tridimensional del Derecho, como ya se ha anotado, por obra de Carlos Fernández Sessarego. Con su teoría, es posible encontrar una respuesta satisfactoria, y para aprehender una visión integral del Derecho y una mejor comprensión del fenómeno jurídico.

### **3.- La persona en el primer código civil peruano de 1852**

En 1845 se inició en el Perú un proceso dirigido a conseguir la codificación civil. Según resalta el romanista chileno Alejandro Guzmán Brito<sup>22</sup>, este cuerpo normativo no siguió estrictamente el modelo napoleónico.

El 9 de octubre de 1845, el presidente del Perú, Ramón Castilla, promulgó una ley que ordenaba el establecimiento de una comisión de siete personas designadas por el Gobierno para redactar diversos códigos en el plazo de 2 años. La comisión designada empezó su trabajo el 2 de enero de 1846 y a fines del mismo año entregó un proyecto de código de enjuiciamiento civil, tras lo cual se dio a la tarea de formular el proyecto de código civil, el cual fue concluido a mediados de 1847, y editado ese año como proyecto de código civil para la República del Perú. Presentado a la consideración del Congreso Nacional, éste lo discutió entre 1847 y 1849, pero su aprobación

---

<sup>21</sup> Para un estudio de la obra del jusfilósofo y civilista brasileño, puede verse Ramos, Néstor Alejandro, *La filosofía de Miguel Reale*, Universidad Fasta, Mar del Plata (Argentina), 2011, p. 123 y ss. Fundamental es Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, traducción de Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>22</sup> Guzmán Brito, Alejandro, *El tradicionalismo en el código civil peruano de 1852*, en: Revista de estudios histórico-jurídicos, n° 23, Valparaíso, 2001, p. 550 y ss.

quedó detenida sobre todo por el debate sin aparente salida concerniente al establecimiento del matrimonio civil.

Para reimpulsar la codificación, una ley de 21 de diciembre de 1849 creó una nueva comisión destinada a revisar los proyectos de código de enjuiciamiento y civil de 1847, y de reservar, en un plazo de 3 meses, los artículos que debían ser discutido por el Congreso, declarándose de antemano reservados los concernientes al matrimonio. El designio era proceder a la promulgación inmediata del resto no reservado. La Comisión revisó ampliamente los proyectos; y el presidente Castilla promulgó los dos proyectos, el de código de enjuiciamiento civil y el de código civil, por decreto de 22 de noviembre de 1850, para que rigieran desde siete meses después.

El sucesor de Castilla, José Rufino Echenique, a principios de 1851 y poco después, la ley de 7 de junio de ese año dispuso la suspensión de los efectos del decreto de promulgación de los códigos, de 22 de noviembre del año anterior. Una segunda ley, de la misma fecha que la recién indicada, ordenó constituir una comisión parlamentaria dirigida a revisar los dos códigos dentro de un plazo que acabaría al expirar la siguiente legislatura ordinaria. La comisión quedó instalada el 12 de junio y trabajó hasta diciembre de 1851. El Congreso aprobó el proyecto revisado por esta comisión sin más debate, mediante una ley de 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29, que ordenaba al presidente de la República emitir solemnemente el código civil y el de enjuiciamiento civil el 28 de julio de 1852, para que rigieran desde el día siguiente. La primera edición del primero tuvo lugar en Lima en el mismo año de 1852. Este código estuvo en vigencia hasta 1936.

El código civil de 1852 tuvo 2301 artículos, un título preliminar y tres libros que siguieron en su contenido la técnica formulada por el jurista francés Jean Domat<sup>23</sup>. El libro primero reguló el derecho de las personas y sus derechos, abarcando el derecho de familia; el segundo, de las cosas, regulaba el modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; y el tercer libro estaba dedicado a las obligaciones y contratos. Cada libro se subdivide en secciones y éstas en títulos, algunos de los cuales aparecen nuevamente divididos mediante rúbricas no numeradas.

---

<sup>23</sup> Como lo destaca Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, Editorial El Comercio, Lima, 2014, p. 20 y ss.

El sistema escogido para el código sigue el modelo institucional gayano-justiniano de las *personae* y res, subdivididas esta últimas en corporales e incorporales, categoría esta última que integran los *iura in re aliena* (ususfructus y servitutes), la *hereditas* y las *obligationes*<sup>24</sup>.

Como anota el notable historiador peruano Jorge Basadre<sup>25</sup>, en el código civil de 1852 tuvo diversas influencias, existiendo, por ello, un fenómeno de recepción jurídica. En cuanto a sus instituciones, yendo a la estructura de ellas y sin tomar en consideración los aspectos externos, el estudioso mencionado, identifica las siguientes:

El *derecho romano*: a) Influencia directa mediante la cultura jurídica de los codificadores. b) Influencia indirecta a través de las Partidas, del Código de Napoleón, del Código Santa Cruz y la obra del jurista francés Jean Domat que inspiró algunos artículos y que tuvo honra inspiración romanista.

El *derecho francés*. a) Influencia de los juristas anteriores al código como Domat. b) Posible influencia del código de Napoleón y del código de Santa Cruz, en cuanto lo copió. c) Influencia posible de la primera literatura aparecida en el siglo XIX sobre este código, como la de los juristas Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau y, en general, la de quienes pertenecieron a la denominada “escuela de la exégesis”.

El *derecho español*. a) Por las Partidas. b) Por las Recopilaciones. c) Por algunos autores españoles de la primera parte del siglo XIX. No toda la influencia española provino del virreinato.

El *derecho canónico*. Dominante en la parte sobre matrimonio y en algunos artículos sobre personas. Funcionó en forma directa y mediante del derecho español.

Como fuente menor se puede mencionar el derecho alemán, mediante la obra de Johann Gottlieb Heineccius (Eisenberg ,11 de septiembre de 1681-Halle, 31 de agosto de 1741), especialmente en la definición del matrimonio y en la división de las personas. Como códigos tipo o modelos para el peruano de 1852 aparecieron el de Napoleón y el de Santa Cruz. Como sostiene Basadre<sup>26</sup>, este había sido, en gran parte, una traducción de aquel.

El derecho español y el canónico actuaron constantemente como fuerza tradicionalista y el derecho francés como fuerza innovadora y como fuente de inspiración para la técnica externa.

---

<sup>24</sup> Guzmán Brito, Alejandro, *El tradicionalismo en el código civil peruano de 1852*, p. 551 y ss.

<sup>25</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 20.

<sup>26</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 22.

Como anota acertadamente Basadre<sup>27</sup>, es necesario distinguir cuidadosamente entre la influencia directa que opera para transcripción o la adaptación del texto o por la utilización del estilo y del método; y la influencia indirecta que se canaliza mediante conductos ajenos. Si no se hiciera esta diferenciación, quedaría oculta o ignorada la raíz romana de diversos preceptos del código civil de 1852. Él pertenece, como el conjunto de los documentos representativos del derecho civil iberoamericano, al sistema jurídico romanista o *civil law*<sup>28</sup>.

Si se excluye el código civil boliviano de 1830, que fue, como sostiene Basadre,<sup>29</sup> una traducción del de Napoleón, es decir un exponente de recepción mecánica de este, el código civil peruano de 1852 fue el primero que se promulgó en América Hispana redactado por juristas nacionales. Puso orden, método, claridad a la legislación civil en el Perú. Por este motivo, no es posible compartir la posición de un sector de estudiosos<sup>30</sup>, que consideran al código de 1852 como afrancesado, en tanto parte de las codificaciones tempranas que han recibido el influjo francés sin elaborar un modelo propio.

No obstante, como nos informa el notable historiador peruano Jorge Basadre<sup>31</sup>, no tuvo una exposición de motivos que lo fundamentase, ni actas de la comisión codificadora sobre los debates, como producto de una historia externa caracterizada por la discontinuidad, obra colectiva más que individual, no alcanzó la jerarquía que posteriormente tuvieron el código civil chileno elaborado por Andrés Bello y el código argentino que trabajó Dalmacio Vélez Sarsfield.

De estilo sobrio y a veces de severa elegancia en la forma, un moderado conservadurismo lo llevó a limitarse a organizar la legislación existente. Se equivocan los juristas que lo ha considerado una simple traducción del código civil francés. Reconoció la esclavitud; pero, con

---

<sup>27</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 22.

<sup>28</sup> Para un estudio profundo del sistema jurídico romanista, véase, entre los comparatistas italianos, Monateri, Pier Giuseppe y Somma, Alessandro, *Il modello di civil law*, cuarta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2016. Gambaro, Antonio y Sacco, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati*, cuarta edición, Utet Giuridica, Vincenza, 2018, p. 31 y ss. Sacco, Rodolfo y Rossi, Piercarlo, *Introduzione al Diritto Comparato*, séptima edición, Utet Giuridica, Vincenza, 2019, p. 191 y ss.

<sup>29</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 22.

<sup>30</sup> Schipani, Sandro, *El código civil peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación)*, en: *El código civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinamericani (ASSLA), Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986, p.43.

<sup>31</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 22.

una habilidad que ha sido comparado a la del derecho pretoriano en Roma, dio a los jueces facultades que podían ser ejercidas a favor de los siervos. Implantó la institución de los registros de estado civil para los tres grandes hechos permanentes vinculados con el funcionamiento de los derechos civiles de la persona (el nacimiento, el matrimonio y la defunción), si bien pasaron mucho tiempo antes de que ellos pudieran convertirse en realidad, debido a que siguieron a cargo de las autoridades eclesiásticas. Sometió el matrimonio al Concilio de Trento, sin acatar todas las disposiciones que de ese organismo emanaron. Fue mucho más allá que el código de Napoleón al reconocer la patria potestad de la madre y al admitir la muerte civil.

Del mismo modo que existen algunos estudiosos que consideraron, como advierte nuevamente Basadre<sup>32</sup>, con un juicio ligero, al código civil peruano de 1852 como una traducción del francés, hubo quienes lo vieron, con gran ligereza, como un repertorio de la legislación española, no fue así. En cuanto a la materia del derecho de personas, el arreglo relativo a los ausentes fue nuevo; el código de 1852 suprimió la arrogación, estableció el consejo de familia y, también, los registros de estado civil. Tuvo diversas modificaciones en cuanto a la edad de la emancipación, los derechos y obligaciones de los guardadores y otros aspectos.

El código, a parte de su unidad, claridad y concisión, brindó normas sobre algunos temas jurídicos que no existían antes; y en otros casos estableció como preceptos lo que antes no eran más que una opinión de los juristas del derecho hispano.

Como lo ha juzgado Basadre<sup>33</sup>, el código civil de 1852 apareció en su época como exponente de progreso jurídico, de madurez legislativa y de ordenamiento nacional. Se mantuvo por 84 años. Durante muchos años fue el libro más leído en la sierra del Perú.

Mención especial merece el artículo 1 del código civil de 1852, que se constituye en un antecedente de la teoría de la concepción, respecto a la tutela del concebido<sup>34</sup>. Así prescribe este cuerpo normativo: “*El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer*”. De esta forma confiere al concebido la calidad de ser humano en su etapa intrauterina<sup>35</sup>. No obstante, esta contundente y precursora afirmación legislativa, el artículo 3 de dicho cuerpo normativo incurre

---

<sup>32</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 23.

<sup>33</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 6, p. 23.

<sup>34</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Tratamiento Jurídico del Concebido*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 104.

<sup>35</sup> Lo ha resaltado también Pierangelo Catalano en su trabajo *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en: *Diritto e Persone I*, reimpression, G. Giappichelli, Turín, 1996, p. 199.

en un defecto al expresar que “*al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece*”.

Como señalaba el profesor Fernández Sessarego<sup>36</sup> fue innecesaria la afirmación de “*reputar nacido*” al concebido, debido quizás a un defecto de redacción, porque lo que probablemente pretendió significar el codificador de 1852 es que el concebido debería gozar de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga a un nacido. Vale decir se formula el equiparamiento del concebido con el nacido en el aspecto puramente formal-normativo, ya que ontológicamente no hay diferencia entre ellos desde que el artículo 1 se refiere a ambos como partícipes de la misma naturaleza, como seres humanos.

Por la carencia de recursos técnicos que no se encontraba al alcance de los legisladores de ese tiempo, como observaba Fernández Sessarego, no se concluyó del modo coherente que era de esperarse luego de la categórica afirmación contenida en el artículo 1: vale decir, enunciando que el concebido era un sujeto de derecho, al que el ordenamiento jurídico brindaba de un tratamiento formal específico en atención a su estado. Es menester que se reivindicque este aporte del código de 1852, que constituye un valioso precedente a las propuestas de Augusto Texeira de Freitas y de Dalmacio Vélez Sarsfield.

#### **4.- El código civil de 1936**

##### **4.1.- Fuentes e ideología**

Como nos recordaba el Prof. Fernández Sessarego<sup>37</sup>, la construcción del código civil de 1936 comenzó con la instalación, en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la comisión reformadora del código civil de 1852, el 13 de septiembre de 1922, concluyendo su labor en agosto de 1936. Este cuerpo legal tuvo como sus principales fuentes de inspiración a los códigos civiles alemán de 1900, suizo de 1907 y brasileño de 1916, además del código civil peruano de 1852.

La comisión reformadora del código civil de 1852 estuvo integrada por un notable grupo de juristas, profesores todos ellos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, como fueron Manuel Augusto Olaechea<sup>38</sup>, Alfredo Solf

---

<sup>36</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Tratamiento Jurídico del Concebido*, p. 104.

<sup>37</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1936. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 35 y ss.

<sup>38</sup> Manuel Augusto Olaechea (Lima, 19 de marzo de 1880 - Lima, 3 de mayo de 1946), considerado por un sector de la doctrina peruana como uno de los más ilustres juristas del Perú. Abogado, legislador, ministro del Estado, primer presidente del Banco Central de Reserva, así como profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,

y Muro, Pedro M. Oliveira y Juan José Calle. Participó también como miembro de la Comisión el médico doctor Hermilio Valdizán. La sistemática adoptada por el código de 1936, a propuesta de Juan José Calle y contando con la adhesión de Manuel Augusto Olaechea, fue la del código civil suizo, sistemática que fue conservada por el código civil de 1984<sup>39</sup>.

La ideología del código civil de Francia fue muy asimilada por el código civil de 1936. Como es conocido, la preocupación de los codificadores franceses fue facilitar el acceso a la propiedad privada, para asegurar su posesión. Como sostiene uno de los estudiosos más notables de los derechos de la persona en la experiencia jurídica italiana, el profesor Giorgio Resta<sup>40</sup>, que en el *Code Napoléon* eran ausentes proporciones normativas dirigidas a tutelar jurídicamente a la persona humana, en sus atributos corpóreos e inmateriales. Anota también el jurista italiano Massimo Dogliotti<sup>41</sup>, respecto a que genera estupor que el código de Napoleón, si bien siendo producto natural de la revolución francesa que había consagrado los derechos del hombre no regulaba los derechos de la persona como tal lo conocemos. El primer libro, como es conocido, se titula “*De las Personas*”, pero se ocupa solamente de la nacionalidad, el estado civil, el matrimonio y las relaciones de filiación. La noción misma de “*persona humana*” no aparece en el *code civil* de 1804. Como anotaba bien el *doyen* de la Universidad de Lyon, Roger Nerson<sup>42</sup>, el código civil francés apareció más como un *derecho del patrimonio* que como un *derecho de las personas* y no es de extrañar que los privatistas franceses del siglo XIX no se hayan dedicado a la problemática de la protección de la persona. No debe olvidarse, como apuntaba maravillosamente el *doyen* Jean Carbonnier, que una teoría general de las personas físicas debe ser una teoría jurídica sobre el hombre<sup>43</sup>.

---

cuya importancia fue transcendental para la elaboración del código civil de 1936. Véase, Castillo Freyre, Mario, *Tentaciones académicas. La reforma del código civil peruano de 1984*, tomo I, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1998, p. 50 y ss.

<sup>39</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 35.

<sup>40</sup> Resta, Giorgio, *I diritti della personalità*, en: Alpa, Guido y Resta, Giorgio, *Le persone e i diritti della personalità*, Utet Giuridica, Turín, 2019, p. 169.

<sup>41</sup> Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en: Trattato di Diritto Privato, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, 2. *Personne e famiglia*, segunda edición, Utet, Turín, 1999, p. 55.

<sup>42</sup> Nerson, Roger, *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, traducción de José María Castán Vázquez, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961, p. 7.

<sup>43</sup> Carbonnier, Jean, *Droit civil. I.- Introduction. Les Personnes*, décimo tercera edición actualizada, Presses Universitaires de France, París, 1980, p.223.

En efecto, la orientación del código de 1936 respondía a la realidad de su época, al momento histórico en que fue elaborado, imbuido en el individualismo y patrimonialismo.

Como los historiadores del Derecho y los comparatistas lo han puesto en evidencia, la ideología individualista y patrimonialista contenida en el *code civil* de 1804 se transmite al código civil alemán de 1900 o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), pese a que este último código innovó totalmente la sistemática y la técnica empleadas por aquél. El centro y eje de la protección jurídica de este código es el derecho de propiedad. La regulación normativa de los derechos de la persona es extremadamente pobre. Ello se comprueba contemplando el Libro primero del código civil peruano de 1936.

El código civil de 1852 recogió la ideología del *Code* y, en buena parte, su sistemática y su técnica. Sin embargo, este código se apartó, en muchos tramos de su articulado, del código civil francés, por lo que se ha podido sostener que es el primer código civil autónomo que aparece en América Latina. En efecto, como señala Fernández Sessarego<sup>44</sup>, en los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX no se suprimió totalmente la gravitación del derecho castellano ni se produjo la asunción plena del modelo galo.

La concepción individualista y patrimonialista que se encuentra en el articulado del código civil francés de 1804 perdura en el tiempo. No sin razón fue considerado un producto de la burguesía, inspiradas en algunas ideas totalitarias, propia de una organización capitalista o burguesa<sup>45</sup>. Como anota bien el Prof. Guido Alpa<sup>46</sup>, el *code civil* expresa las exigencias de la clase burguesa que adquirió el poder en Francia y con el código buscaba fortalecerse. También debe considerarse, como lo han resaltado los comparatistas Pier Giuseppe Monateri y Alessandro Somma<sup>47</sup>, el derecho francés es un derecho *contra*: es la lógica política más que la lógica abstracta que lo contiene, por lo que se comprende que el *code civil des français* haya sido imitado en sociedades muy diversas (como Egipto o América del Sur), y estuviera en vigor en numerosos

---

<sup>44</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latino-americano*, en: *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Studi Sassaesi 5, Giuffrè editore, Milán, 1981, p. 9 y ss.

<sup>45</sup> Halpérin, Jean-Louis, *El código civil*, traducción efectuada por Mary Paz Muñoz Pizarro, bajo la dirección de Mauricio Tapia Rodríguez, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019, p.76.

<sup>46</sup> Alpa, Guido, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bolonia, 2018, p.99.

<sup>47</sup> Monateri, Pier Giuseppe y Somma, Alessandro, *Il modello di civil law*, cuarta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2016, p.87.

países del este europeo durante la etapa política socialista, aunque cuando son la invención de una política precisa y diversa.

No obstante, no debe olvidarse, como apunta uno de los mayores expertos de la codificación, el profesor Rémy Cabrillac<sup>48</sup>, los códigos son adoptados fundamentalmente dentro del marco político que constituye el Estado-Nación. En tal sentido, la codificación parece muchas veces portadora de una ideología nacionalista, consecuencia de la unificación de pueblos a la que ha contribuido.

Como es conocido, el código de Napoleón fue recibido, en mayor o menor forma y medida, por los códigos civiles del siglo XX, aunque estos últimos, como el peruano de 1936, se alejaron del *Code*, en lo que a sistemática y técnica se refiere.

Para Carlos Fernández Sessarego<sup>49</sup>, el código civil de 1984 es, probablemente, el primer esfuerzo consciente por apartarse de la impronta ideológica del *code civil* francés. Se aleja, en efecto, de la concepción individualista y patrimonialista, propia de la época en que fue elaborado. Esta decisión de cambio se evidencia en la colocación de la protección preventiva, unitaria e integral de la persona en el centro de su sistema normativo.

#### **4.2.- Las personas naturales**

El código civil peruano de 1936, tributario de la época de su elaboración, ignoraba el tratamiento normativo de los derechos fundamentales del ser humano, como son, los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad psicosomática, a la identidad, a la salud, al honor, a la intimidad. Muy escuetamente se regula la capacidad, al nombre, al domicilio y a los registros de estado civil, lo que llevó al mayor estudioso peruano de derecho de las personas, Carlos Fernández Sessarego<sup>50</sup>, declarar que fue un código pobre, respecto a la tutela y reconocimiento de los derechos de las personas.

En los tiempos posteriores a las guerras mundiales arribó la consciencia de desplazar la perspectiva preponderantemente patrimonialista hacia otra en la cual el ser humano sea el eje y

---

<sup>48</sup> Cabrillac, Rémy, *Las codificaciones*, traducción efectuada por Paulina Pulido Velasco y Claudia Bulnes Olivares, bajo la dirección de Mauricio Tapia Rodríguez, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2009, p.193.

<sup>49</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 36.

<sup>50</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 39.

centro del mundo del Derecho<sup>51</sup>. La humanidad empezó a comprender la necesidad de proteger jurídicamente al ser humano de los peligros y amenazas a que estaba expuesto no sólo por tales nefastos acontecimientos sino por la amenazante, si es incontrolada, la tecnología. Resultado patente de ello fue la dación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. A partir de ese momento, la mayoría de las constituciones y los códigos civiles del siglo XX destacan la tutela jurídica de la persona. Este proceso histórico hizo que el código civil peruano de 1936 quedara ideológicamente desfasado. Este cuerpo normativo se elaboró antes de la influencia del humanismo jurídico en el derecho peruano, por ello la regulación, en materia de derecho de las personas, fue escueta ignorando la protección de los derechos fundamentales del ser humano.

Como relata el historiador peruano Jorge Basadre<sup>52</sup>, mediante resolución suprema del 26 de agosto de 1922 se nombró la comisión reformadora del código civil de 1852. La integraron los profesores de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, los doctores Manuel Augusto Olaechea, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro y Emilio Valdizán, este último nombrado en relación con los problemas de derecho médico y medicina legal. Completó la comisión Juan José Calle, fiscal de la Corte Suprema de Justicia.

Según Basadre, la comisión comenzó sus trabajos con entusiasmo. Calle presentó el proyecto sobre el título preliminar y de derecho de las personas, que recibió enmiendas y adiciones de sus colegas. Las demás secciones quedaron así divididas: el libro de derecho de familia estuvo a cargo de Pedro Máximo Oliveira Sayán, en tanto que Calle tomaba el de sucesiones, Solf y Muro el de derechos reales y Manuel Augusto Olaechea el de obligaciones.

La comisión realizó diversas consultas a magistrados, juristas, obispos, universidades de provincias y colegios de abogados y otras entidades y personas. Asimismo, solicitaron la opinión de los alcaldes de las municipalidades fue solicitada respecto a los matrimonios civiles. También consultaron a los registradores de la propiedad inmueble sobre materias de su especialidad. La comisión publicó las actas de sus sesiones en siete fascículos que son un valioso documento para el estudio del código y que dan cuenta de las labores para prepararlo hasta octubre de 1928, posteriormente, como anota Basadre<sup>53</sup>, entro en receso o en actividad intermitente. El

---

<sup>51</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el código civil de 1984*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, p. 263.

<sup>52</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, tomo XIV, editorial El Comercio, Lima, 2014, p. 229.

<sup>53</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, tomo XIV, p. 229.

anteproyecto fue entregado al Poder Ejecutivo el 17 de marzo de 1936. El congreso expidió la Ley N° 8305 del 29 de mayo de ese año para autorizar la promulgación del código civil con facultad de introducir reformas en el texto, pero manteniendo las disposiciones respecto al divorcio y el matrimonio. En atención a esta ley, el congreso peruano nombró una comisión revisora. El gobierno peruano por resolución suprema del 18 de junio de 1936 designó, a su vez, otra comisión revisora. El proyecto solo pudo ser con prisa examinado por las dos comisiones ya referidas y fue promulgado por decreto del Poder Ejecutivo el 30 de agosto de 1936, en conformidad con la Ley N° 8305, sin que llegara a producirse en ningún momento debate parlamentario acerca de su texto. La vigencia del código civil inició el 14 de noviembre de 1936.

Es posible reconocer en la evolución histórica del código civil de 1936 tres etapas<sup>54</sup>: a) De 1922 a 1928 en que la comisión técnica preparó cuidadosamente el anteproyecto del código; b) la segunda de 1928 a 1936 en que la comisión terminó sus trabajos sin evidenciar el mismo espíritu metódico, y c) la tercera en 1936, en que se buscó con premura su promulgación, acaso para efectuarla antes de que finalice el segundo gobierno presidencial de Oscar R. Benavides (1933-1939). Como Basadre señala, el anteproyecto pudo haber sido publicado, entregado al debate intenso en las universidades, de los magistrados, de los colegios de abogados y del foro jurídico, es decir sometido a un detallado estudio para llegar a concordarlo con la legislación peruana y comparada y ponerlo al alcance de la opinión pública y jurídica. Lamentablemente, no fue así. La última comisión tuvo una labor casi nominal y aparente y llegó a conocer el texto mientras era leída en las sesiones. No se elaboró exposición de motivos del código civil de 1936, salvo respecto al libro de obligaciones.

A diferencia de lo acontecido con el código civil de 1852, en el periodo final de elaboración intervinieron en forma decisiva juristas provenientes de provincias, el de 1936 fue obra de autores limeños, casi todos, catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos<sup>55</sup>.

Las influencias predominantes, anota con acierto Basadre<sup>56</sup>, en el código civil de 1936 fueron las de los códigos alemán, suizo y brasileño promulgado en 1916. Se minimizaron las influencias francesas y españolas, importantes en el código de 1852. Fue un código progresista y renovador, con alguna proyección social. Incluso en el anteproyecto de este código se llegó a considerar como relativamente incapaces a los indígenas que no supieran hablar castellano.

---

<sup>54</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, tomo XIV, p. 230.

<sup>55</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, tomo XIV, p. 230.

<sup>56</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, tomo XIV, p. 230.

Lamentablemente, este criterio no prevaleció. Sin embargo, el código se inspiró en un propósito de tutela, prohibió que las comunidades de indígenas arrendasen o cediesen el uso de sus tierras a los propietarios de los predios colindantes y mantuvo el régimen peculiar de su propiedad territorial.

Respecto a la regulación de los derechos de la persona, el profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>57</sup> relata que en la cuarta sesión de trabajo de la comisión reformadora del código de 1852, celebrada el 4 de octubre de 1922, el doctor Manuel Augusto Olaechea propuso que el Libro de las Personas debería “comprender una Primera Sección denominada ‘*De las Personas Físicas*’ que debería tratar de la capacidad jurídica, de las restricciones de la capacidad, de la prueba del nacimiento y de la defunción, de la protección del nombre y de los derechos de la personalidad con independencia del estado civil, del domicilio, la ausencia y del registro del estado civil”. Por su parte, el doctor Juan José Calle propuso que el Libro se titulase “*Derecho de las Personas*” cuya Primera Sección se nominaría “*De las personas naturales*”. En su consideración, esta Sección debería incluir al “Principio y fin de la persona natural; Capacidad; Incapacidad; Domicilio; Ausencia; Ciudadanía; Comprobación del estado civil de la persona natural; Registros del Estado Civil”.

La propuesta del doctor Juan José Calle fue acogida por la comisión reformadora, en lo que al nombre de la Sección Primera se refiere, pues se adoptó la calificación de persona “*natural*” para designar al ser humano individualmente considerado. Se desestimó el planteamiento del doctor Olaechea de denominar al ser humano nacido como persona “*física*”. Finalmente, la Sección Primera del anteproyecto se denominó “*Del derecho de las personas*”.

Se varió, como lo apunta el profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>58</sup>, la original sistemática materia de la propuesta, debido a que la Sección Segunda no se contrajo a la regulación de las personas jurídicas, sino que se dedicó a regular la materia concerniente a los registros del estado civil.

Puede apreciarse que las propuestas formuladas por los doctores Calle y Olaechea no tenían presente la protección de los derechos fundamentales de la persona que constituyen el

---

<sup>57</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 40.

<sup>58</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 40.

núcleo básico de un Libro dedicado a regular, precisamente, estos derechos, como bien señala el Prof. Fernández Sessarego<sup>59</sup>.

Respecto al tratamiento de algunas instituciones sobre el derecho de las personas reguladas en este código, podemos mencionar:

- **Sobre la regulación de la persona natural**

El código civil de 1936 reconocía que el hombre es, por definición, un “*sujeto de derecho*” y a través de un texto inadecuado por aludir a la “*personalidad*” - y no a la “*persona*” -, declaraba en su artículo primero que el nacimiento “*determina la personalidad*”. El texto de esta disposición era el siguiente:

*“Artículo 1. El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.*

El legislador no protegía la vida humana intrauterina.

En el artículo sexto se enunciaba que la muerte le pone fin, incorrectamente, a la personalidad. El artículo 6º tenía la siguiente redacción:

*“Artículo 6. La muerte pone fin a la personalidad”.*

Este cuerpo normativo, de acuerdo con su técnica inspirada en el *Bürgerliches Gesetzbuch* o código civil alemán de 1900, aludió las definiciones. Si bien no utilizó la expresión, realista, de persona, no precisando sus alcances conceptuales, partía del supuesto doctrinario y principista de considerar al hombre como persona por el simple hecho de nacer, enmarcando esta existencia, como lo declaraban los artículos primero y sexto de dicho cuerpo normativo, entre el nacimiento y la muerte, siguió la dirección doctrinaria del periodo histórico en que se redactó.

El cuerpo normativo civilista de 1936 no prescribió la posibilidad de un “*reconocimiento*” de la personalidad del concebido por parte del ordenamiento jurídico, sino que describió el hecho biológico del nacimiento como el inicio de la “*personalidad*”, la cual se estimó como un supuesto previo, como una cualidad adscrita a la realidad de la existencia del ser humano. Como anota

---

<sup>59</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 40.

Fernández Sessarego<sup>60</sup>, este código confundía los conceptos de “*persona*” y “*personalidad*”, al considerarlos, incorrectamente, como sinónimos.

Respecto al concebido, no lo considero como ser humano, por lo que no le concedía la calidad de “*sujeto de derecho*”, su situación jurídica quedaba en suspenso hasta el hecho del nacimiento con vida.

#### - **Principio y fin de la personalidad**

Respecto al “*principio de la personalidad*”, el código civil de 1936 no se alejó de los modelos establecidos por los códigos civiles que lo inspiraron, como fue el código civil alemán de 1900 y del suizo del 1907, afiliándose a la teoría de la ficción respecto a la tutela del concebido, que se tratará en las próximas páginas.

La vida humana, para el código civil de 1936, así como la calidad de sujeto de derecho que reconoce al ser humano, inicia recién desde el hecho del nacimiento. El concebido fue ignorado por este cuerpo normativo. No le atribuía calidad de ser humano y no le otorgaba ningún derecho. Todos sus derechos estaban en suspenso, como si no existieran, esperando su nacimiento. El concebido no era un “*sujeto de derecho*”, un ente al que se le pueden imputar derechos o deberes, es decir, situaciones jurídicas subjetivas. El concebido era una ficción. Un engaño, una mentira, un recurso de técnica jurídica, a la que recurren, como anota Fernández Sessarego<sup>61</sup>, juristas y legisladores para esconder o desfigurar innecesariamente la realidad de la vida.

Utilizó incorrectamente la expresión “*personalidad*”, que se vincula con la psicología, en tanto expresión de la “*manera de ser*” de la persona. Siguiendo al psiquiatra peruano Honorario Delgado, Fernández Sessarego<sup>62</sup> sostuvo que es el sistema de las disposiciones individuales dominantes según el cual se ordena y manifiesta la vida anímica de cada sujeto en lo concierne a su espontaneidad, a su impresionabilidad y a su modo de reacciones distintivas.

---

<sup>60</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 42.

<sup>61</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 42.

<sup>62</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 43.

En efecto, el concepto “*personalidad*” no puede sustituir ni al de “*persona*” ni al de “*capacidad*”<sup>63</sup>. En el primer supuesto no existe duda que “*persona*” es el “ente que cada uno es” y “*personalidad*” es la proyección del ente “que cada uno es” hacia el exterior, es decir, su manera de presentarse en el mundo. Cada una de las personas, de los sujetos, “es la que es y no otra”. Esta identidad personal se aprehende mediante la “*personalidad*” o “*manera*” de ser persona. No obstante, esta “*personalidad*” es diferente del ente mismo que, mediante ella, se proyecta al mundo exterior, se expone ante la mirada de los “otros”, por lo que es incorrecto confundir el concepto “*persona*”, que es el ente considerado en sí mismo, con el de “*personalidad*”. Son diferentes sus significaciones<sup>64</sup>.

Como lo reconoce el ponente del Libro primero del código civil de 1984<sup>65</sup>, se prescindió del innecesario concepto de “*personalidad*” para referirse a la persona, que es el ente al cual el ordenamiento jurídico reconoce la calidad de “*sujeto de derecho*”.

#### - **Sobre la capacidad jurídica**

En lo que concierne a la capacidad de goce, el artículo 3º del código civil de 1936 establecía que:

*“Artículo 3. Toda persona tiene el goce de sus derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.*

Se consagraba una limitación a la capacidad de goce al admitir la existencia de excepciones. No es admisible esta limitación por cuanto la capacidad de goce es la potencialidad misma de la libertad en que consiste el ser humano<sup>66</sup>. Todos los seres humanos tienen la misma capacidad de goce, es decir, poseen los mismos derechos o intereses existenciales. Esta capacidad de goce es inherente al ser humano. Lo que sí puede limitarse por ley es el ejercicio de esa capacidad.

---

<sup>63</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *¿Qué es ser “persona” para el Derecho?* en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 309.

<sup>64</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *¿Qué es ser “persona” para el Derecho?* en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 309.

<sup>65</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 43.

<sup>66</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 43.

## - **Nombre y su regulación**

En lo que concierne al nombre, el cuerpo normativo civilista de 1936 lo normaba en solo en seis breves disposiciones, por lo que muchos temas de importancia en esta institución jurídica quedaron sin encontrar una solución legislativa, teniendo numerosos vacíos, como por ejemplo los alcances y la función jurídica del nombre. El código civil de 1984 cubrió estos vacíos en catorce artículos.

## - **Domicilio**

En cuanto al domicilio, en el código civil de 1936 se prescribía que el concepto jurídico de domicilio se constituía a través de la confluencia de dos elementos, uno de carácter objetivo y el otro de índole subjetiva. En dicho artículo se identifica al primero de ellos como “*la residencia en un lugar*” y, al segundo, como el “*ánimo de permanecer en él*”. Su texto era el siguiente:

*“Artículo 19. El domicilio se constituye por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él”.*

En comparación, el artículo 33° del código civil de 1984 innova totalmente lo concerniente a la constitución del domicilio, bastando para el efecto la presencia del elemento objetivo, es decir, la residencia habitual de la persona en un lugar. Se destierra, por ende, el mencionado elemento subjetivo contenido en el derogado código civil de 1936. Fue descartada el requisito subjetivo de difícil o imposible percepción de parte de los demás.

El cuerpo normativo de 1936, en su artículo 22, exigía para el cambio de domicilio, alternativamente, la declaración expresa de dicho cambio ante el Municipio, o el transcurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar. Es decir, se daba, como apunta bien Fernández Sessarego<sup>67</sup>, el curioso caso que las personas que cambiaban de domicilio sin dar cuenta del hecho al Municipio - lo que en la práctica era casi normal - se hallaban, por dos años, en la situación de indomiciliados debido a que ya no residían en el antiguo domicilio ni tampoco en el nuevo. Para que se les considerase como domiciliados en algún lugar había que esperar el transcurso de dos años. Esto significa que, en teoría, seguían residiendo en un lugar que ya habían abandonado. El texto era el siguiente:

---

<sup>67</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 47.

*“Artículo 22. Se cambia de domicilio por la declaración expresa ante la Municipalidad o por el transcurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar”.*

No obstante, establecía sobre la residencia habitual que:

*“Artículo 21. La persona que no tiene residencia habitual se considera domiciliada en el lugar donde se encuentra”.*

En este texto se omite cualquier referencia al elemento subjetivo, ya que no se prescribe el tener en cuenta el ánimo o intención del sujeto de permanecer en el lugar *“en que se le encuentre”*.

Por otro lado, el código civil de 1936 admitía la tesis del domicilio plural. Así disponía que:

*“Artículo 20. Si una persona vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se considera domiciliada en cualquiera de ellos”.*

Es decir, se consagraba el cuerpo normativo civil derogado como regla lo que era excepcional, ya que normalmente las personas residen habitualmente en un lugar. Por otro lado, el lugar de las ocupaciones habituales es también, generalmente, el mismo. Por lo demás, el lugar de trabajo de una persona no es estrictamente su domicilio, pues éste se constituye por la residencia habitual en un lugar, es decir, aquel donde normalmente la persona convive con su familia.

#### **- Desaparición, ausencia, muerte presunta**

Como apunta el Prof. Fernández Sessarego<sup>68</sup>, existía un importante vacío en la concerniente a la regulación de la desaparición y la ausencia en el código civil de 1936. Apenas unas cuantas disposiciones dentro del ordenamiento jurídico peruano, desperdigadas no sistemáticamente entre el código civil y el de procedimientos civiles, regulaban escuetamente la materia, a diferencia del código civil de 1984 vigente, que norma de modo sistemático, coherente y con riqueza de contenidos estas instituciones, distinguiendo la desaparición de la ausencia.

En lo que concierne a la muerte de la persona, el código civil de 1936 la trataba no en forma sistemática, ya que la regulaba en un mismo título con el inicio de la personalidad. A la

---

<sup>68</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 47.

institución de la muerte presunta solo le dedicaba dos escuetos artículos. El código civil peruano de 1984 ha enmendado estos vacíos.

#### 4.3.- Las personas jurídicas

Si bien la regulación fue escueta respecto a las personas naturales, situación diversa, en el código civil de 1936, concernía al tratamiento de las personas jurídicas, a las que se regulaban bajo una perspectiva exclusivamente formalista, y, por ende, insuficiente para dar cuenta de la rica institución de la persona colectiva.

En efecto, el cuerpo normativo civilista de 1936, como todos los códigos de su época, bajo el influjo del *code civil*, ignoraba al calidad de “*sujeto de derecho*” colectivo<sup>69</sup>, en lo que concierne a la organización de personas no inscritas, la cual, como en el caso de la asociación no inscrita, no resulta ser, formal y estrictamente, una persona jurídica, que no ha cumplido con el requisito de su inscripción registral, por lo que sus miembros no pueden beneficiarse con el carácter excepcional de irresponsabilidad frente a las obligaciones y deberes que adquiere la persona jurídica a raíz de este hecho. Este código no regulaba al comité y fundación no inscritas.

El código civil de 1936, a parte de la brevedad normativa sobre el tratamiento de las personas jurídicas, contenía errores sistemáticos, como era el de definir a la asociación en el artículo 44, ubicado en la parte del código concerniente a las “*Disposiciones Generales*” sobre las personas jurídicas y no en aquella que le correspondía, es decir, en el Título destinado a regular este específico tipo de persona colectiva.

También el cuerpo normativo de 1936, en el primer artículo con que se inicia la Sección Tercera del Libro Primero, en la parte concerniente a las “*Disposiciones Generales*” sobre las personas jurídicas, regulaba en su artículo 39º la existencia, principio, organización y funciones de las que el propio código denomina como “*personas jurídicas de derecho público interno*”. Ellas, como señalaba el Prof. Fernández Sessarego<sup>70</sup>, no son materias a regular por un código de derecho privado. El texto del artículo era el siguiente:

*“Artículo 39. El principio de las personas jurídicas de derecho público interno, los órganos encargados de su representación y la manera de realizar las funciones que les corresponden, se determinan en las leyes respectivas”.*

---

<sup>69</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 48.

<sup>70</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 49.

En el artículo 40 se regulaba la actividad de las corporaciones oficiales con “personalidad” jurídica y la de los establecimientos públicos de instrucción y de beneficencia. Es decir, sujetos de derecho que no pertenecen a la esfera del derecho privado, por lo que todo lo concierne a su constitución y actividades se rigen por las leyes de su creación. El articulado prescribía que:

*“Artículo 40. Las corporaciones oficiales con personalidad jurídica y los establecimientos públicos de instrucción y beneficencia tienen capacidad para contratar por medio de sus representantes o administradores autorizados por el órgano supremo de la de la corporación o por el Gobierno tratándose de los establecimientos que están bajo su dependencia, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales”.*

En el artículo 41º se normaba la actividad de “*las municipalidades, universidades y demás corporaciones oficiales*”, no propia de un código civil. El texto establecía lo siguiente:

*“Artículo 41. Las municipalidades, universidades y demás corporaciones oficiales dotadas por la ley de personalidad, pueden celebrar los contratos permitidos por la ley por medio de sus administradores, autorizados por el órgano supremo de la corporación; pero no podrán enajenar los inmuebles sino conforme al artículo 1342 del Código de Procedimientos Civiles”.*

## **5.- La doctrina y el código civil de 1936 en materia de derecho de las personas**

### **5.1.- El aporte de Darío Rodríguez Llerena**

Como anota el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>71</sup>, entre los más reconocidos estudiosos del código civil de 1936, se encuentran Darío Rodríguez Llerena, Ángel Gustavo Cornejo y José León Barandiarán. Sus obras permiten conocer el pensamiento jurídico sobre la regulación del derecho de las personas en el cuerpo normativo peruano derogado.

Darío Rodríguez Llerena (fallecido en 01 de abril de 1946), que llegó a ser vocal superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el año de 1937, en un breve comentario del recién promulgado, en esa época, código civil de 1936, sostiene que “*el hombre, en cuanto sujeto del derecho, se llama ‘persona’ y que el fundamento de la denominada personalidad reside en la naturaleza humana. Es decir, en la condición del hombre cual un ser que ‘es órgano de libre*

---

<sup>71</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1936. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 51.

*voluntad y que tiende a la realización de fines propio*”<sup>72</sup>. Como es evidente, su concepción de persona se asemeja al del derecho natural, debido a que su calidad no es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo peruano, sino que él reside y proviene de la propia “*naturaleza humana*”.

Si bien Rodríguez Llerena consideró al hombre como único sujeto de derecho, dejando de lado al concebido y a la organización de personas colectivas, inscrita o no, utiliza la categoría de “*sujeto de derecho*”.

Al tratar a las personas jurídicas, Rodríguez Llerena se aparta del principio por el cual el fundamento de la persona se halla en la propia naturaleza humana. Sobre el particular sostiene que la “*personalidad*” de las personas jurídicas reside “*en la unidad ideal, donde se contiene el fin propio del ente moral, en el que vienen a comulgar, aunque sin confundirse con él, los miembros o seres individuales*”<sup>73</sup>. No obstante, a diferencia de otros autores de cariz formalista, admite que los miembros de la persona jurídica, en tanto seres individuales, “*comulgan*” en la “*unidad ideal*” aunque sin “*confundirse con él*”. Estima, como señalaba el profesor Fernández Sessarego<sup>74</sup>, que los seres humanos miembros de la persona jurídica son relativamente extraños a ella, desde que, si bien no la integran, en cuanto no constituyen uno de los elementos de su propia estructura, no son del todo extraños al dato formal-ideal, que otra cosa no podría entenderse cuando expresa que los seres humanos se encuentran en “*comunión*” con él.

Ciertamente, como anotaba bien Fernández Sessarego<sup>75</sup>, no se le podía exigir a Rodríguez Llerena una visión integral de la persona jurídica, sin dejar de lado ninguno de los tres elementos que la integran como son los seres humanos, las normas jurídicas y los valores, mediante la teoría tridimensional del Derecho aplicada a las personas colectivas.

---

<sup>72</sup> Rodríguez Llerena, Darío, *Código Civil*, Chiclayo, 1937, pág. 131. Citado por el profesor Carlos Fernández Sessarego en su obra *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 51 y ss.

<sup>73</sup> Rodríguez Llerena, Darío, *Código Civil*, ob. cit., pág. 133. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 53 y ss.

<sup>74</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 52.

<sup>75</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 53.

## 5.2.- El planteamiento de Ángel Gustavo Cornejo

Ángel Gustavo Cornejo Bouroncle (Arequipa, 01 de noviembre de 1875-Lima, 05 de julio de 1943), fue uno de los grandes civilistas peruanos del siglo XX, desarrolló su vida de estudioso durante la vigencia de los códigos civiles peruanos de 1852 y 1936, siendo el único jurista de relevancia que comentó ambos cuerpos legales<sup>76</sup>. Respecto a sus comentarios sobre los códigos civiles de 1852 y 1936, como no podía abstraerse a su época, tiene un carácter exegético, un perfil principalmente formalista.

Como señala el historiador peruano Jorge Basadre<sup>77</sup>, la publicación de los comentarios al código civil de 1852 de Cornejo fue un caso singular, publicado en una ciudad fuera de la capital, en Chiclayo. El texto de los artículos aparecía en tipo especial y conteniendo antecedentes históricos y normativos, referencias al derecho comparado, glosas del autor y un selecto grupo de ejecutorias, jurisprudencia de los tribunales. Cornejo, apunta nuevamente Basadre<sup>78</sup>, tiene el mérito de haber elaborado un derecho doctrinario civil, por sus comentarios a los códigos de 1852 y 1936, primero en provincia y antes de llegar a la cátedra universitaria, y dieciséis años más tarde en Lima y desde la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En sus comentarios al código civil peruano de 1852, Cornejo, coincidiendo con la opinión de Rodríguez Llerena, consideró que la palabra “*persona*” designa al ser humano en su capacidad de constituirse como sujeto del derecho. Para este jurista, puede definirse jurídicamente persona como sujeto de derecho, asumiendo una posición realista frente a la persona, pero no distinguió entre ambos, así como en el reconocimiento del concebido y de la organización de persona no inscrita.

Como lo refiere el historiador jurídico peruano Carlos Ramos Núñez<sup>79</sup>, Cornejo fue crítico enérgico del artículo 2 del código civil de 1852, conforme al cual “*el hombre, desde que nace, tiene los derechos que le declaran las leyes*”. Esta norma supeditaba los derechos de la

---

<sup>76</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 53

<sup>77</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, volumen 17, Editorial El Comercio, Lima, 2014, p.43.

<sup>78</sup> Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, p.43.

<sup>79</sup> Ramos Núñez, Carlos, *La idea de persona en la doctrina peruana de ochocientos*, en: *Revista Derecho & Sociedad*, número 11, Lima, 1996, p.107.

persona a la asignación positiva de los mismos. Sobre el particular, Carlos Fernández Sessarego<sup>80</sup> ha expresado que *“esta fórmula utilizada por el legislador permite que determinados hombres, por el hecho de una simple declaración legal, puedan ser privados de sus derechos y hasta de su personalidad. Esta fórmula, claro está, concilia con las disposiciones relativas a la esclavitud”*.

Para Cornejo, criticando el citado artículo 2 del código de 1852, sugirió que debió haberse adaptado la fórmula del código civil alemán, que dispone que la capacidad no se extingue con la muerte natural de la persona, o lo dispuesto por los códigos civiles de Chile y España.

Posteriormente a sus comentarios formulados en torno al código civil de 1852, apenas promulgado el código civil de 1936, Cornejo redactó los que dedicó al nuevo cuerpo legal. En ellos distingue las nociones de *“persona”* y *“personalidad”*. Sostiene el jurista peruano que con el concepto *“persona”* se alude al *“sujeto de derecho”*, mientras que con el de *“personalidad”* se menciona *“la cualidad inherente a todo ser humano”*<sup>81</sup>. Cornejo distingue esta *“cualidad inherente”* como un *“derecho”*, diferenciándose así de la gran mayoría de los autores que trata la noción de *“personalidad”* como una *“aptitud para ser “sujeto de derecho”*<sup>82</sup>.

Cornejo consideraba que el *“derecho de personalidad”* no corresponde en forma originaria al hombre, vale decir que no le es inherente, sino que le es atribuido por el ordenamiento jurídico. Planteo que la personalidad corresponde a todo ser humano y que, si bien el ordenamiento jurídico positivo puede limitarla, *“no es admisible que la suprima como ocurría con el antiguo régimen mediante la muerte civil”*. Asimismo, sostuvo que la capacidad *“no existe por naturaleza”*, sino que se da sólo en mérito a un reconocimiento proveniente del ordenamiento jurídico<sup>83</sup>.

Cornejo, al referirse a las personas jurídicas, afirma que ellas surgen *“únicamente de la fuerza creadora del orden jurídico”*. Su subjetividad resulta un instrumento formal de técnica jurídica - *“unidades conceptuales reales”* - y su personalidad una forma jurídica *“para expresar*

---

<sup>80</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p.1.

<sup>81</sup> Cornejo, Ángel Gustavo, *Código Civil. Exposición sistemática y comentarios*, Lima, Librería Imprenta Gil, 1937-1939, p. 121. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 53 y ss.

<sup>82</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 54.

<sup>83</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 55.

*una atribución de derechos a una totalidad de individuos físicos agrupados y organizados como una unidad colectiva*". Para Cornejo esta abstracción no *"debe llegar hasta eliminar a los miembros, sino que debe limitarse a concentrar sus intereses y actividades en una firme unidad"*. Es un mérito del autor el sostener que los seres humanos no deben ser puestos de lado cuando se pretende determinar la naturaleza de la persona jurídica. Es también un reconocimiento de la realidad manifestar que ella es producto de la normatividad jurídica.

Respecto al tratamiento de la persona jurídica, Cornejo no realizó un deslinde con la posición formalista del código en relación con la estructura de la persona colectiva, la que es recogida en el artículo 45 del código civil peruano de 1936, en el que prescribe que las personas jurídicas *"son entidades distintas a sus miembros, y ninguno de éstos ni todos ellos están obligados a satisfacer sus deudas"*. Como se aprecia, el código derogado reducía la compleja experiencia de la persona jurídica a una *"entidad"* sin consistencia real. Esta posición, lamentablemente, como lo anota el profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>84</sup>, es recogida en el artículo 78<sup>85</sup> del código civil de 1984.

No obstante, como sostiene Fernández Sessarego, Cornejo intuyó la insuficiencia del tratamiento formalista de la persona jurídica en el cuerpo normativo civilista de 1936, cuando sostiene que *"esta abstracción no debe llegar hasta eliminar a los miembros, sino que debe limitarse a concentrar sus intereses y actividades en una firme unidad"*<sup>86</sup>. Con ello, Cornejo devino que vendría a ser un remoto anticipo de la interpretación tridimensional de la persona jurídica que subyace en el código civil de 1984.

### **5.3.- José León Barandiarán: el comentarista y el primer encuentro con la doctrina jurídica italiana**

El más importante estudioso y comentarista del código civil de 1936 fue José León Barandiarán (Lambayeque, 8 de diciembre de 1899-Lima, 27 de julio de 1987), uno de los más

---

<sup>84</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.55.

<sup>85</sup> Código civil del Perú de 1984.

Artículo 78.- *La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.*

<sup>86</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.55.

grandes civilistas que ha tenido el Perú. Como señala Carlos Fernández Sessarego<sup>87</sup>, quien fue su más cercano discípulo, fue el fundador de la Escuela peruana de Derecho Civil y la máxima autoridad de esta materia en el siglo XX.

León Barandiarán fue un autor muy prolífico, pero dentro de su producción jurídica (pero no solo, ya que ella abarca, la filosofía del Derecho, el derecho privado, la literatura, entre diversos quehaceres) destaca al derecho civil peruano, su monumental “*Comentarios al Código Civil de 1936*”, cuya última edición tomo el nombre de *Tratado de Derecho Civil*.

Desde su aparición, que fue actualizado y mejorado a lo largo de su trayectoria existencial, sus “*Comentarios*” se convirtieron en el texto básico utilizado por numerosos profesores de derecho civil en el Perú. Constituyen, como anota Fernández Sessarego<sup>88</sup>, una obra clásica del derecho civil no solo peruano, ya que los volúmenes dedicados al acto jurídico y a las obligaciones también fueron publicados por la editorial argentina Ediar en los años 50 del siglo XX. Recoge lo fundamental y más sobresaliente de la ciencia jurídica en lo que concierne a dicha rama del Derecho, en tanto es un trabajo del más alto nivel científico por la seriedad de la investigación que los sustenta y la profundidad en el tratamiento de las instituciones. Las referencias al código civil peruano de 1936 son lo anecdótico, según señala Fernández Sessarego, quien fue uno de los mayores estudiosos de su obra. Las ideas medulares que yacen en la obra de León Barandiarán, la ciencia jurídica encerrada en sus páginas, trascienden dicho cuerpo legal para proyectarse al código civil vigente de 1984.

Los “*Comentarios*” recogen, de una parte, el aporte jurídico de León Barandiarán, forjada en de años de estudio y de reflexión; y, de la otra, la experiencia de un hombre de Derecho que ejerció por años el oficio de abogado. Conjuga la vertiente doctrinaria y jurisprudencial con la vivencia del abogado práctico, consciente del derecho viviente.

Entre los juristas italianos que influyeron en el tratamiento del derecho de las personas en sus *Comentarios*, por lo que constituyen un antecedente del encuentro sólido con la cultura jurídica italiana que será consolidado con la obra de Carlos Fernández Sessarego, se encuentran Calogero Gangi (Alimena, 1879 – Milán, 26 de julio de 1962), especialmente en cuanto concierne sobre la capacidad jurídica de las personas físicas (plasmado en su obra *Persone fisiche e persone giuridiche*). Así, siguiendo a este jurista – profesor que fue de la Universidad de Milán -, sostuvo

---

<sup>87</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Homenaje a José León Barandiarán*, en: Revista *Foro Jurídico*, n°3, febrero del 2004, p. 15.

<sup>88</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *José León Barandiarán*, en: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 2012, p. 38.

León Barandiarán que la capacidad de obrar se debe distinguir de la capacidad jurídica, en cuanto que mientras esta última es la capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, la primera es la capacidad de cumplir actos jurídicos, es decir que tiene efectos jurídicos<sup>89</sup>.

En cuanto al tratamiento jurídico del domicilio, influyó en León Barandiarán el pensamiento de Nicola Coviello (Tolve, 2 de noviembre de 1867- Nápoles, 1 de agosto de 1913) (especialmente su obra *Manuale di diritto civile italiano*) en cuanto es considerado la sede legal de la persona<sup>90</sup>, resaltando que es importante no solo para el derecho civil sino también para otras disciplinas jurídicas establecer la determinación del domicilio del sujeto.

Respecto a las personas jurídicas, el jurista lambayecano sigue también el pensamiento de Francesco Ferrara (Siracusa, 21 de enero de 1877-11 de diciembre de 1941), especialmente su *Teoria delle persone giuridiche* de 1915, en la que en los entes ideales, en su concepto la personas jurídicas o sujetos colectivos, la ley atribuye la posibilidad de querer y de obrar por medio de las personas físicas, considerando como propia voluntad del ente, la voluntad de estos últimos, por lo que es necesario, indica León Barandiarán<sup>91</sup> siguiendo a Ferrara, que esta atribución de efectos debe ser reconocida no sólo en el campo de lo lícito, sino en el campo de lo ilícito, y por esto, del mismo modo y en el mismo sentido en que las personas jurídicas tienen capacidad de querer, también tienen capacidad de delinquir. No debe olvidarse que Ferrara consideraba que la persona jurídica no es solo producto de la fantasía de los juristas<sup>92</sup>, siendo el concepto de la persona colectiva única. Sobre la persona jurídica, en la doctrina italiana, es hermosa la fábula relatada por Francesco Galgano<sup>93</sup> sobre su creación.

Asimismo, León Barandiarán siguió el planteamiento de Giorgio Giorgi (Florenia, 16 de septiembre de 1836-Roma, 19 de febrero de 1915), en su obra *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano: esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, respecto a si una persona jurídica puede ser titular del patrimonio, para la adquisición de la personalidad jurídica. Ninguna exigencia conceptual – indica León Barandiarán<sup>94</sup> siguiendo a Giorgi – impone que, para

---

<sup>89</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., Gaceta Jurídica, Lima, 1991, p. 118.

<sup>90</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., p. 164.

<sup>91</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., p. 222.

<sup>92</sup> Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turín, 1915, p. 3.

<sup>93</sup> Galgano, Francesco, *La favola della persona giuridica*, en: *Il rovescio del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 1991, pp.21-32.

<sup>94</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., p. 222.

la existencia de un sujeto, exista ya un patrimonio. De la noción de persona jurídica como colectividad o institución social revestida de capacidad única, no se deriva la imprescindible necesidad de que sea ya en su origen una titular de bienes. Estos son medios exteriores que no tienen nada que ver con su cualidad capaz de derechos. En verdad, la relación se desarrolla con las personas físicas.

En efecto, no debe entenderse que para la existencia del hombre como sujeto de derecho sea necesario que tenga un patrimonio; nos basta con que sea capaz de adquirir derechos. Lo mismo sucede con las personas jurídicas. Según León Barandiarán no se puede negar la cualidad de sujetos a las colectividades y organizaciones reconocidas solo porque no tengan todavía derechos patrimoniales, siempre que tengan aptitud para adquirirlos. Como sostiene el jurista lambayecano, una persona jurídica, aunque surja sin patrimonio tiene, por ejemplo, un derecho al nombre, al honor que pueda tutelar mediante acción judicial. El patrimonio es objeto de derecho, pero no parte del sujeto. Las personas jurídicas tienen un patrimonio, pero no son un patrimonio: el patrimonio se refiere al haber, no al ser. Las personas jurídicas son capaces de tener un patrimonio, porque esto no es más que un lado de la capacidad general jurídica de que disfrutan, pero no son titulares de un patrimonio.

Se proporcionará en los siguientes párrafos algunos alcances sobre el tratamiento del derecho de las personas del código civil peruano de 1936 ofrecidos por el antiguo catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

#### - **Sobre la persona y personalidad**

De acuerdo con el Prof. Fernández Sessarego<sup>95</sup>, el más notable estudioso de la obra del jurista nacido en Lambayeque, León Barandiarán tuvo una posición realista en cuanto a la persona. Consideró que el hombre puede ser considerado por la ciencia jurídica como ser individual o como ser colectivo. En el primer supuesto, se trata de la persona natural y, en el segundo, de la persona colectiva<sup>96</sup>. Para nuestro autor el concepto de persona es inherente al ser humano en ambos supuestos. Como puede apreciarse, el antiguo profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos no utiliza la expresión “*persona jurídica*”, debido que tanto la persona natural o individual, así como la colectiva, son personas “*jurídicas*”, es decir, personas para el Derecho. Lo “*jurídico*” es todo lo atinente al Derecho, por lo que es impropio utilizar el calificativo de “*jurídica*” para una sola de las personas, excluyendo a las otras.

---

<sup>95</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.57.

<sup>96</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., Gaceta Jurídica, Lima, 1991, p. 98.

La persona es el ser humano jurídicamente apreciado, de acuerdo con José León Barandiarán. En cambio, la personalidad es el atributo o calidad intrínseca de ser jurídico en el hombre, distinguiendo los conceptos de persona y personalidad. Por ende, la persona no es la personalidad, sino que ésta es el dato esencial determinante de ella; es el carácter jurídico de la persona como ser humano. No tiene, entonces, personalidad otro ente o ser que no sea la persona humana<sup>97</sup>.

Como señala con razón Fernández Sessarego<sup>98</sup>, debe eliminarse por redundante e innecesaria del léxico jurídico el término “*personalidad*”.

#### - **Capacidad jurídica**

Es necesario distinguir, para José León Barandiarán, la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud de disfrute de un derecho, mientras que la segunda es la aptitud de ejecutar o realizar ese derecho.

Para León Barandiarán la capacidad de goce es intrínseca, compete a la persona en sentido abstracto, es inmanente e inseparable del ser humano, porque califica a éste como persona. Afirma nuestro jurista, que su existencia en buena cuenta es superior al arbitrio del legislador, debido a que la ley tiene que reconocerla, de lo contrario, se incurriría en arbitrariedad. Por ende, la ley no crea esa capacidad que existe *per se*, como atributo substancial de la persona. Solo el ordenamiento jurídico la reconoce<sup>99</sup>. Resulta muy valioso el tratamiento que hace el maestro sanmarquino sobre este tema fundamental.

En lo concierne a la capacidad jurídica general o de goce, León Barandiarán la define como “*atributo substancial de la persona*”, como potencialidad o posibilidad inherente a la libertad, en que ontológicamente consistente el ser humano en cuanto pura decisión subjetiva, como señala el Prof. Fernández Sessarego<sup>100</sup>, de ejercer un derecho que posee por su propia naturaleza, debido a que la capacidad se instala en su instancia íntima, en el mundo interior del sujeto.

---

<sup>97</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., ob. cit., p. 98.

<sup>98</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.57.

<sup>99</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., ob. cit., p. 118.

<sup>100</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.57.

No obstante, la concepción de León Barandiarán sobre la capacidad de goce entra en alguna contradicción, como advierte Fernández Sessarego<sup>101</sup>, cuando plantea que el hombre es una persona sin consideración a sexo, raza, profesión religiosa, debido a que estas circunstancialidades solo pueden producir determinadas limitaciones en cuanto al goce o ejercicio de derechos privados, pero nunca significan el desconocimiento de la personalidad jurídica misma, que corresponde por ontológica necesidad a la presencia misma del ser humano<sup>102</sup>.

Después de haber precisado que la capacidad de goce es inseparable del ser humano, admite, como hacía notar Fernández Sessarego<sup>103</sup>, que al igual que la capacidad de ejercicio, puede sufrir determinadas limitaciones como consecuencia de una disposición normativa.

De acuerdo con el jurista lambayecano, la capacidad de goce es el fundamento y condición *sine qua non* de la capacidad de ejercicio<sup>104</sup>. En lo que concierne a esta capacidad de ejercicio, de obrar o, de hecho, León Barandiarán la concebía como una capacidad de actuación, que se manifiesta en concreto, como realización de tal capacidad de goce<sup>105</sup>. Siguiendo al jurista italiano Calogero Gangi, el profesor sanmarquino señala que la capacidad de obrar se distingue de la capacidad jurídica de ser sujeto de derecho y obligaciones. La primera es la capacidad de cumplir actos jurídicos, es decir, actos que tienen efectos jurídicos. En esta línea de pensamiento, la capacidad de ejercicio sí es susceptible de ser restringida por norma jurídica.

Debe recordarse, como lo hace Fernández Sessarego<sup>106</sup>, que el código civil de 1936 no conceptualiza la capacidad, solo en el artículo 5 disponía que “*los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las restricciones establecidas a las mujeres casadas*”, se desprende que este artículo que el goce de los derechos civiles puede ser restringido por ley tratándose de la mujer que ha contraído matrimonio. Esta situación fue superada con el artículo 4 del código civil de 1984, que dispone que:

---

<sup>101</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.58.

<sup>102</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., ob. cit., p. 99.

<sup>103</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.58.

<sup>104</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., ob. cit., p. 118.

<sup>105</sup> León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., ob. cit., p. 118.

<sup>106</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.58.

*“Artículo 4. El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles”.*

Esta norma es explícita en cuanto concierne a la igualdad entre varón y mujer tratándose de ambas capacidades, de goce y la de ejercicio.

## **6.- Del código civil de 1936 al código civil de 1984**

Las diferencias que existen entre los códigos civiles peruanos de 1936 y de 1984 fundamentalmente se concentran en su base ideológica. El primero no logró desprenderse de la visión individualista-patrimonialista de los códigos que le sirvieron de inspiración, mientras que el de 1984, se adhirió a una concepción humanista personalista de lo jurídico, especialmente a lo atinente al libro primero dedicado al derecho de las personas<sup>107</sup>. La protección del ser humano es la finalidad suprema, a la cual deben atender tanto la sociedad como el Estado, que es el motor principal del referido libro del código civil peruano vigente.

## **7.- Los supuestos personalistas del código civil de 1984**

El cuerpo normativo civilista peruano de 1984 se sustenta, en grandes espacios, principalmente en el Libro primero dedicado al derecho de las personas, en la concepción personalista del Derecho, la cual, como sucede con la teoría tridimensional de lo jurídico, se fundamenta en una visión del ser humano como libertad.

El individualismo patrimonialista se afirmó con la revolución burguesa francesa de 1789 y que tuvo su plasmación jurídica en el código civil de los franceses de 1804, que influyó en la dación de los códigos civiles de América Latina, y por ende en el peruano de 1852 y en parte en el código civil de 1936. El individualismo nació como una reacción de la burguesía frente a las estructuras feudales, exaltando al ser humano aislado y se arraiga en los planos económicos y espirituales. La dominante visión del ser humano, en la concepción individualista-patrimonialista, no podía estar ausente del Derecho en cuanto valiosa regulación de la vida humana. Los códigos, a través de sus normas, que son pensamiento, congelan una determinada cultura, una determinada visión del mundo y del sujeto.

Juristas como Bernhard Windscheid (Düsseldorf, 26 de julio de 1817 – Leipzig, 26 de octubre de 1892), inspirado en el individualismo jurídico, por ejemplo, definió al “*derecho*

---

<sup>107</sup> Fernández 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*, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, compiladora Delia Revoredo de Debaquey, Lima, 1985, p. 37 y ss.

*subjetivo*” como “*un poder de la voluntad*” atribuido por la norma al titular de este<sup>108</sup>. Según este autor, “*los derechos existen en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisivo para la actuación de un precepto emanado de él, la voluntad de una persona*”. Estudiosos italianos como el profesor de la Universidad de Turín, Pier Giuseppe Monateri<sup>109</sup>, han criticado la posición windscheidniana del derecho subjetivo, de carácter individualista, como señoría de la voluntad. Si el derecho subjetivo es una señoría de la voluntad, como: a) pueden ser titulares de derechos, en sentido jurídico, las personas con capacidad limitada como las personas con enfermedades mentales y los menores de edad; así como b) si la sujeción al derecho, es decir a la voluntad de un sujeto, es en realidad independiente de una real voluntad de un sujeto, es en realidad independiente de una real voluntad de aquel, como cuando alguien que entra a un fundo violenta el derecho del propietario, incluso si ignora la violación y no ha manifestado alguna voluntad contraria a la violación.

Asimismo, Rudolf von Jhering (Aurich, 22 de agosto de 1818-Gotinga, 17 de septiembre de 1892), bajo la misma influencia individualista<sup>110</sup>, considera al derecho subjetivo como “*la tutela jurídica de un interés del individuo*”. La posición jheriniana, como apunta bien Monateri<sup>111</sup>, no estuvo tampoco excepta de críticas, respecto a su visión del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, por cuanto un cierto ordenamiento no concederá derecho con la finalidad de satisfacer los intereses del que los concede, en la definición de derecho no puede entrar la finalidad, poniéndose énfasis en la diversidad metodológica entre la definición de las instituciones jurídicas en base a su estructura, y definirlo en atención a su sentido teológico.

Estas definiciones clásicas, en el fondo de su concepción ideológica, no prestaban atención al derecho de los demás en el ámbito social sino tan sólo a la “*voluntad o al interés del individuo*”. Tanto el planteamiento de Windscheid como el de Jhering conciben a un sujeto desvinculado de los demás seres con los cuales hace su vida, prescindiendo del interés de los “*otros*”, como si sólo cada uno de nosotros existiera sobre la faz del planeta.

---

<sup>108</sup> Windscheid, Bernhard, *Diritto delle pandette*, traducción de Carlo Fada y Bensa, tomo I, Utet, Turín, 1925, pág. 144.

<sup>109</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Il diritto soggettivo*, en: *Pensare il diritto civile*, G. Giappichelli editore, Turín, 1995, pp.165-166.

<sup>110</sup> Jhering, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3<sup>e</sup> édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, deuxième édition, tome IV, A. Marescq, Aîné, París, 1880, p. 315 y ss.

<sup>111</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Il diritto soggettivo*, en: *Pensare il diritto civile*, p. 167.

Alejándose de las concepciones tradicionales, así como individualistas, de autores como Windscheid e Jhering, que resaltaban solo la utilidad o la ventaja (el poder o interés) del que goza el titular del derecho, resaltando la óptica individualista, con absoluta prescindencia del interés social, del derecho o del interés de los otros, presentándose al derecho subjetivo como un absoluto, sin límites<sup>112</sup>, la moderna concepción del “*derecho subjetivo*” se presenta, dentro de una visión realista de la vida social, siempre acompañado de un deber correspondiente. Como las dos caras de una misma moneda, derecho y deber son inseparables. No existe derecho subjetivo que no contenga en su interior un determinado deber frente a los demás, como tampoco puede existir un deber que no contenga un cierto derecho. El deber puede ser genérico, presente en toda la juridicidad, como es el de no dañar. Supone ello que el ejercicio de un derecho subjetivo no puede ocasionar un perjuicio a otro ser humano.

Así el ponente del Libro primero del código civil peruano de 1984, dedicado a las personas, en el artículo 19 al regular el nombre considero que llevarlo es “*un derecho y un deber*”. El deber genérico es de no dañar con un uso indebido del nombre, siendo el deber específico el de no cambiar de nombre, ello debido a que el nombre es uno de los signos distintivos de la identidad del sujeto, con el cual general y normalmente se le identifica en el entramado social.

Como se ha anotado, el tratamiento de los derechos de las personas por el código civil de 1936 era pobre, reflejo que la atención de dicho cuerpo normativo se dirigía principalmente al patrimonio, a la propiedad, típica de las concepciones burguesas individualistas. La persona fue olvidada, sus derechos ignorados.

## **8.- La doctrina jurídica y el aporte personalista del código civil de 1984**

Como han evidenciado diversos estudiosos, el código civil peruano de 1984 representó un vuelco en la concepción del Derecho, por cuanto su fundamento fue una visión jusfilosófica de tamiz personalista, dentro de la cual se considera que el individuo, aparte de *ser libertad*, se encuentra inserto dentro de la comunidad, vinculado a los demás por su estructura coexistencial, que se concreta a través de lazos de solidaridad, considerando el patrimonio como un instrumento al servicio del ser humano<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*, tercera edición, Motivensa editora jurídica, Lima, 2018, p.67.

<sup>113</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare Diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovo mondi*, Atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza, Génova 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p.234 y ss.

En efecto, el personalismo permite la más vasta protección del sujeto del derecho. Hace evidente que en el ser humano se encuentran dos vertientes en su estructura: la individual y la social. Se adentra en su naturaleza bidimensional. No es posible considerar al ser humano solo como un ser aislado, desconectado de la comunidad, del tejido social. El aspecto social es, por ende, una dimensión de la estructura misma del ser humano<sup>114</sup>.

No obstante, la inspiración personalista del código civil de 1984, como lo afirma el Prof. Fernández Sessarego<sup>115</sup>, autor del Libro primero dedicado al derecho de las personas, no se puede desconocer que en su texto se presentan rezagos de la visión individualista-patrimonialista, que es menester que se supere, en atención a la labor creativa de los jueces y por el formante doctrinal.

Tampoco la derogada constitución política peruana de 1979, como acertadamente ha señalado del Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>116</sup>, que tiene una fundamental inspiración personalista, se exceptúa de acoger en su articulado algunas disposiciones que representan una clara contradicción con sus propósitos personalistas, según los cuales en la regulación de las instituciones jurídicas deben prevalecer los valores en los que se sustenta el Derecho como son la justicia, la solidaridad y la seguridad, así como la igualdad.

## **9.- La modernidad del código civil de 1984**

Han sido diversos los estudiosos que han reconocido los aciertos del código civil del Perú de 1984, especialmente en la materia del derecho de las personas. Así, como recuerda el Prof. Fernández Sessarego<sup>117</sup>, el más notable civilista chileno, Fernando Fueyo Laneri (Iquique, 5 de diciembre de 1920-Melipilla, 18 de enero de 1992), resaltaba que el Libro del derecho de las personas del código civil de 1936 era “*extremadamente pobre*”. Sostuvo el jurista chileno que el “*el código civil de 1984 ha considerado de modo excepcional el Derecho de la Persona, tendiendo a polarizar el contenido e importancia de un Código Civil en torno a tan substancial materia, y tratando a la persona ya no como un simple sujeto de la relación jurídica, que nace, vive y muere, y que se encuentra en contraposición con el objeto de la relación jurídica. Era esa*

---

<sup>114</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, p. 49.

<sup>115</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.154.

<sup>116</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.155.

<sup>117</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.159.

la tradición no sólo de los Códigos Civiles sino en las obras de los más sobresalientes tratadistas del universo”<sup>118</sup>.

Añade el maestro Fueyo, que el código civil peruano de 1984 “supera a los códigos civiles de Latinoamérica en lo que concierne a esta materia, códigos que, siendo todos bastante antiguos para nuestro tiempo, no han recogido las correspondientes concepciones contemporáneas que circulan en los libros nacionales o extranjeros, de un modo u otro, a veces imperfectamente y con deficiente sistematización”<sup>119</sup>.

Las expresiones del jurista chileno, lo ha resaltado Carlos Fernández Sessarego<sup>120</sup>, son encomiásticas cuando hace referencia al código civil de 1984, resaltando el cambio ideológico que el significa y el importante tratamiento del Libro primero dedicado al derecho de las personas, el que supera a los otros códigos civiles de América del Sur por su modernidad, por lo que podría de servir como modelo para futuras codificaciones en esta parte del mundo.

Entre los juristas italianos que han resaltado los aportes del código civil peruano de 1984, se encuentra el romanista Sandro Schipani (Milán, 11 de abril de 1940), profesor de la Universidad de Roma “La Sapienza”, conocedor profundo del sistema jurídico de América del Sur.

Para Schipani, el código civil del Perú de 1984 resalta por su plasmación en precisas disposiciones normativas del principio de la centralidad de la persona para el Derecho<sup>121</sup>, propia del sistema romanista, al cual América Latina ha dado significativas contribuciones para la consideración del hombre concreto y la individualización de sus derechos, las innovaciones, de acuerdo con Schipani, de dicho código se concentran en el Libro primero de derecho de las personas.

---

<sup>118</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú*, en el volumen colectivo *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Editorial Cuzco, Lima, 1985, p. 173.

<sup>119</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú*, p. 192.

<sup>120</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 159.

<sup>121</sup> Schipani, Sandro, *Discurso*, en: *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la *Associazione di Studi Sociali Latinoamericani* (ASSLA), Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, p.15.

## 10.- Las fuentes del Libro primero sobre los derechos de las personas del código civil de 1984

Como acertadamente ha puesto en relieve el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>122</sup>, autor del Libro de derecho de las personas del código civil peruano vigente, no ha faltado algún comentarista de este cuerpo normativo que, sin mayor análisis, sin poseer conocimientos adecuados sobre la materia y acudiendo a meras generalizaciones han afirmado que dicho código reconoce al código civil italiano de 1942 como su único modelo, pretendiendo desconocer la actitud creativa y el esfuerzo innovador de los autores del código civil de 1984, al menos en ciertos tramos de la obra, así como no tomar en cuenta las otras fuentes.

En lo que concierne al Libro primero sobre el derecho de las personas, nos informa el ilustre maestro Fernández Sessarego<sup>123</sup>, esta afirmación no es exacta ni correcta, ya que para su elaboración no solo se tuvo en cuenta el *codice civile* italiano de 1942 sino diversos cuerpos legales, entre los que destaca el código civil de Portugal de 1967. Así mismo, se consultaron diversos proyectos de códigos civiles como el francés, de 1950.

Especialmente el ponente del Libro primero estudió profusamente la doctrina y jurisprudencia comparada, de preferencia la más reciente en la época en que se formuló el código civil peruano, principalmente, a la rica doctrina italiana, a la que han contribuido con valiosos aportes autores importantes como de Pietro Rescigno, Francesco Galgano, Francesco Donato Busnelli, Pietro Perlingieri, Cesare Massimo Bianca, entre otros insignes juristas de Italia<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 205.

<sup>123</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 205.

<sup>124</sup> Como ha afirmado el Prof. Fernández Sessarego, codificador civil de 1984 y autor del libro primero dedicado al derecho de las personas, que entre el código civil italiano de 1942 y el peruano de 1984, vigente, se advierten no sólo coincidencias y diferencias de carácter sistemático, sino también se aprecian semejanzas y diversidades en el tratamiento normativo de las instituciones del derecho de las personas. Esto es consecuencia de que el codificador peruano de 1984 al elaborar el proyecto del Libro de derecho de las personas tuvo más en cuenta la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia italiana, que el propio código civil de 1942, el mismo que desde su promulgación ha sido objeto de comentarios y críticas. Fue por ello por lo que el codificador consideró útil y provechoso el aporte del fecundo pensamiento de los juristas italianos de las últimas décadas que el código civil de 1942. Todo el proceso codificadorio en materia de personas tomo atención de la realidad social del país y a las valoraciones propias de la comunidad nacional vigentes en el momento histórico en que se redactó el código civil de 1984: Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 118.

Es importante recordar, como lo hace saber el profesor Fernández Sessarego<sup>125</sup>, la opinión del profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, Pietro Rescigno, conocedor profundo del código civil peruano<sup>126</sup>, en el sentido que los tramos del código civil italiano que sirvieron de inspiración y modelo al código civil peruano de 1984, al menos en lo que al Libro del derecho de las personas concierne, no se produce a través de un automático y fiel trasvase de textos normativos, de una fotocopia, sino mediante la intermediación constante de la doctrina y, a veces, de la jurisprudencia italiana. De acuerdo con Rescigno, el código civil peruano se sustenta, en la parte atinente al derecho de las personas, antes que directamente en el texto mismo del código civil italiano de 1942, en un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia que lo aplican, lo avalan o critican. Ello también es resaltado por Fernández Sessarego en su trabajo *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, respecto a los alcances de la influencia del Libro del derecho de las personas del código civil italiano en la parte pertinente del código civil vigente en el Perú<sup>127</sup>.

El profesor Pietro Rescigno tuvo ocasión de declarar que “*para el legislador peruano, más que nuestro Código en su versión originaria, el modelo estuvo constituido por el derecho italiano aplicado y, por lo tanto, vigente en virtud de la elaboración que la doctrina y la jurisprudencia han realizado en más de cuarenta años, con la principal finalidad de efectuar una relectura adecuada a los principios constitucionales y las intervenciones normativas del*

---

<sup>125</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 206.

<sup>126</sup> Es conocido en el medio jurídico italiano el interés por el derecho extranjero y comparado de Pietro Rescigno, no solo del ámbito europeo, sino también respecto al derecho asiático como el de América Latina y el *common law*. Para un estudio completo sobre el particular, Graziadei, Michele, *Pietro Rescigno. Comparatista*, en: *Profili di un maestro di diritto. I 90 anni di Pietro Rescigno*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 19-35.

<sup>127</sup> En el referido ensayo, dedicado al derecho de las personas, se cita, entre otros, la obra de los siguientes autores italianos: Pietro Rescigno, Mario Rotondi, Santi Romano, Pietro Perlingieri, Giorgio Oppo, Guido Biscontin, Cesare Massimo Bianca, Carlo E. Traverso, Giovanni Criscuoli, Francesco Donato Busnelli, Pierangelo Catalano, Tito Ravà, Giovanni Pugliese, Francesco Messineo, Filippo Vasalli, Stefano Rodotà, Francesco Carnelutti, Calogero Gangi, Alberto Trabuchi, Michele Giorgianni, Piero Verrucoli, Francesco Galgano, Tullio Ascarelli, Floriano D’Alessandro, Maria Vita De Giorgi, Vittorio Frosini, Masimo Severo Giannini, Riccardo Orestano, Uberto Scarpelli, Paolo Zatti, Alberto Auricchio, Vincenzo Zeno-Zencovich, Giovanni Bonilini, Salvatore Patti, Pasquale Stanzone. Algunos de estos autores son citados varias veces en el texto. Es el caso, entre otros, de Pietro Rescigno, Francesco Galgano y Cesare Massimo Bianca, que han influido mucho en la elaboración en el libro de derechos de las personas del código civil peruano vigente.

sector”<sup>128</sup>. Como lo señala el ponente del Libro de derecho de las personas del código civil peruano vigente, profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>129</sup>, su intención era, sobre la base de los conocimientos adquiridos durante su formación y la actualización que significó su permanencia en Italia por casi seis años (1977-1983), hacer una obra creativa, en defensa de la persona humana, bajo la inspiración de un humanismo personalista.

Como apunta Fernández Sessarego, la afirmación de Pietro Rescigno evidencia que en la elaboración del Libro primero del código civil peruano se inspiró más que en el propio código civil italiano de 1942, en la doctrina que lo comenta y critica y en la jurisprudencia que lo aplica y desarrolla. Es decir, en el derecho vivo y no en el estático y a veces envejecido cuerpo formal-normativo del *codice civile* italiano de 1942.

Importante también, sobre el particular, lo que ha escrito Rescigno, que debe ser tenido en cuenta por los estudiosos del código civil de 1984, que “*la doctrina y la práctica han construido en Italia, en la concreción de la experiencia, un derecho que trasciende los límites del Código*”. Rescigno destaca que “*el que de aquella elaboración se hayan consagrado en el Código Civil peruano, a través de un trabajo crítico e integrativo, los resultados más convincentes, o menos controvertidos, así como los más adecuados a los conflictos de intereses, es motivo de complacencia para el observador italiano que con curiosidad y respeto se acerca a un código de estructura moderna y de sólidas raíces*”<sup>130</sup>. Con estas expresiones el ilustre jurista italiano reconoce el esfuerzo “*crítico e integrativo*” realizado por el profesor Carlos Fernández Sessarego como autor del Libro primero del derecho de las personas del código civil peruano de 1984 para lograr recoger de la doctrina y la jurisprudencia de su país, más que del *codice civile*, aquello que podía ser aplicable a la realidad peruana, desvirtuando las posiciones que sostienen que el código civil peruano es una copia del código civil de 1942 de Italia, al menos en lo concierne al Libro primero dedicado al derecho de las personas.

---

<sup>128</sup> Rescigno, Pietro, *Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984*, en el volumen *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 235.

<sup>129</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 207.

<sup>130</sup> Rescigno, Pietro, *Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984*, en el volumen *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 242.

En 1992, como nos relata el Prof. Fernández Sessarego<sup>131</sup>, dentro del marco del Congreso Internacional reunido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova sobre “*Il diritto dei nuovi mondi*”, organizado para conmemorar los quinientos años del encuentro de dos culturas, la europea y de América, Rescigno confirmó su comentario sobre el esfuerzo interpretativo del texto normativo del código civil italiano efectuado por el codificador peruano a la luz de la doctrina y la jurisprudencia que a él se contraen. En dicha oportunidad el maestro Rescigno señaló que “*el legislador peruano recoge múltiples sugerencias de los códigos europeos y del italiano en particular, pero de un código italiano recibido y leído a través de la asidua interpretación de la doctrina y de la aplicación concreta de la jurisprudencia*”<sup>132</sup>. Es decir que, para el profesor Rescigno, el codificador peruano de 1984 no se redujo a efectuar una mecánica copia de algunas de las normas del código civil italiano de 1942 sino que, en los casos específicos en que se inspiró en dichas normas, realizó una propia investigación, con sentido crítico, de su significado y alcances a nivel de la doctrina y a su aplicación jurisprudencial.

En lo expuesto, y siguiendo lo expresado por el codificador peruano del Libro primero del código civil de 1984<sup>133</sup>, en su tarea no se limitó a inspirarse en el articulado del código civil de Italia, sino que elaboró nuevas instituciones no contempladas en este código. Algunas de ellas no tienen antecedentes en la codificación comparada, como es la nueva categorización del “*sujeto de derecho*”, la tutela jurídica del concebido como tal, el otorgamiento de la calidad de persona jurídica al comité, la regulación integral de las organizaciones de personas no inscritas, la reparación del “daño a la persona” sin limitaciones.

## **11.- La significación del libro primero del código civil de 1984**

La filosofía personalista, como ha señalado el ponente del Libro primero del código de 1984, Prof. Fernández Sessarego<sup>134</sup>, es la que inspira, a diferencia de lo acontecido con el código civil de 1936, la elaboración del código civil de 1984. Cabe manifestar que la materia referente al

---

<sup>131</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 208.

<sup>132</sup> Rescigno, Pietro, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latinoamericano*, en *Il diritto dei nuovi mondi*, Padua, Cedam, 1994, p. 173. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 207.

<sup>133</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p. 209.

<sup>134</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, p. 76 y ss.

derecho de las personas ha sido, a diferencia de lo que acontece con otros códigos civiles actualmente vigentes, extensamente regulada en el código civil peruano de 1984.

En este sentido, José León Barandiarán, al analizar el texto del Libro primero sobre el derecho de las personas del código civil del Perú de 1984, declaró que “*esta parte que se refiere al Derecho de la Persona está considerada como una parte excelente*”. Y que, “*dentro y en comparación a los otros códigos vigentes, se sabe que el Libro de Derecho de las Personas en nuestro Código es el mejor entre los códigos del mundo*”. Avala su acerto cuando sostiene que “*ningún otro código del mundo, que nosotros hemos revisado para nuestra ponencia en esta parte, es tan completo como la ponencia sobre los derechos de la personalidad...*”<sup>135</sup>.

El Prof. Fernández Sessarego<sup>136</sup> nos brinda noticia el juicio del jurista Pietro Perlingieri, a quien se debe en Italia los más profundos estudios del derecho civil constitucionalizado<sup>137</sup>, sobre el Libro primero sobre derechos de las personas del código civil de 1984, quién expreso, en un evento académico realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salerno, que el referido Libro del cuerpo normativo peruano, más allá de sus aportes originales, sería considerado por los historiadores del Derecho como el primer código en el mundo que pretendió sustentarse en una filosofía personalista, manifestando su sintonía con la filosofía inspiradora del citado Libro. No debe olvidarse que se debe a Perlingieri una de las obras más penetrantes, en el derecho italiano, sobre la tutela de la persona y su centralidad en el ordenamiento jurídico, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, donde afirma que la persona, en cuanto valor, constituye la parte que caracteriza el ordenamiento jurídico, que le otorga unidad<sup>138</sup>.

Como se aprecia, las opiniones de los maestros italianos como Sandro Schipani, Pietro Rescigno y Pietro Perlingieri sobre los aportes del Libro primero de derechos de las personas del código civil peruano de 1984 evidencia la importancia que históricamente significó el viraje

---

<sup>135</sup> León Barandiarán, José, *Discurso de presentación del Libro Derecho de las Personas (Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano) de Carlos Fernández Sessarego*, en: Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo de Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 19 y ss.

<sup>136</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmienda*, p. 210.

<sup>137</sup> Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, segunda edición revisada e integrada, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1991, p. 167 y ss. También de este autor, *Profili del diritto civile*, tercera edición revisada y ampliada, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994, p. 137 y ss.

<sup>138</sup> Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, segunda reimpresión, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1982, p. 12.

personalista que lo fundamenta, obra del Prof. Carlos Fernández Sessarego. Como enseñaba este maestro del Derecho<sup>139</sup>, mentor de esta posición personalista, significa el rescate, la revalorización del ser humano como centro y eje del Derecho, desterrando de este lugar de privilegio a la concepción individualista-patrimonialista imperante en los anteriores cuerpos civiles del Perú, donde la propiedad ocupaba el centro del sistema jurídico privatista.

---

<sup>139</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmienda*, p. 212.

## Capítulo Segundo

### Comparación de los códigos civiles vigentes de Italia y Perú en materia de derecho de las personas

#### 1.- Existencialismo y su influencia en el Derecho italiano

La importancia fundamental de la filosofía de la existencia se hizo patente a partir de finales de los años treinta y cuarenta del siglo XX, también para la experiencia jurídica italiana, suscitando interés creciente al interior de la comunidad filosófica peninsular<sup>140</sup>, a tal punto que en 1943 en la revista *Primato* dirigida por el entonces ministro de educación nacional, Giuseppe Bottai (Roma, 3 de septiembre de 1895 - 9 de enero de 1959), confió a Nicola Abbagnano (Salerno, 15 de julio de 1901 - Milán, 9 de septiembre de 1990) y Enzo Paci (Monterado, 18 de septiembre de 1911 – Milán, 21 de julio de 1976) una investigación sobre el existencialismo en Italia. La elección de *Primato* testimoniaba el interés por el existencialismo, a tal punto que el XIII congreso de filosofía, desarrollado en la ciudad de Bolonia en 1938, luego en Florencia en 1940, se trató profusamente sobre esta corriente de pensamiento.

Precisamente en la ciudad de Turín cuatro de los más notables estudiosos del existencialismo en Italia comenzaron sus aportes sobre la materia: Niccola Abbagnano, Luigi Pareyson, Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli. Así, en el centro de la interpretación de este movimiento, a partir de 1939, se desarrolló la obra de Niccola Abbagnano, considerado el padre del existencialismo italiano, a partir de su libro *La struttura dell'esistenza*, tomando algunas temáticas de la filosofía del alemán Martin Heidegger (Baden-Wurtemberg, 26 de septiembre de 1889-Friburgo de Brisgovia, 26 de mayo de 1976) como el destino, la muerte, la nada, la autenticidad de la existencia, la banalidad de la cotidianidad, la historicidad y la libertad. Así declaró Abbagnano que es esencial el problema que el hombre se pone sobre sí mismo: es decir, *el problema es el ser mismo del hombre como problema de sí mismo*<sup>141</sup>. Su planteamiento teórico había asumido en forma consciente el carácter finito de la existencia humana y que, al mismo tiempo, había concebido al hombre como dueño de sí mismo y de sus propias acciones, dirigido hacia la realización de una comunidad de hombres libres y solidarios.

Asimismo, siempre a Turín, Luigi Pareyson (Piasco, 4 de febrero de 1918 – Milán, 8 de septiembre 1991), quien partiendo de la filosofía de Sören Kierkegaard (Copenhague, 5 de mayo

---

<sup>140</sup> Viano, Carlo Augusto, *La filosofía italiana del Novecento*, Il Mulino, Bolonia, 2006, p. 52 y ss.

<sup>141</sup> Abbagnano, Nicola, *Introduzione all'esistenzialismo*, Casa editrice Il Saggiatore, Milán, 1965, p. 21.

de 1813-ibídem, 11 de noviembre de 1855), consideraba que el personalismo era el resultado positivo del existencialismo, distanciándose de Abbagnano, que desarrolló una filosofía de lo finito, mientras Pareyson proponía una conciliación de lo finito y lo infinito en la persona.

Concentrándose en la persona, pero desde una perspectiva rigurosamente laica, se presentó la cuidada obra de Norberto Bobbio (Turín, Italia, 18 de octubre de 1909-9 de enero de 2004), considerado como la tercera e influyente interpretación turinesa sobre el existencialismo, con su libro *La filosofía del decadentismo* de 1944<sup>142</sup>, es decir a la filosofía del existencialismo de Karl Jaspers y Martin Heidegger: una filosofía que lo atraía y la rechazaba, al mismo tiempo<sup>143</sup>.

Afirmaba Bobbio que el hombre no es persona en cuanto hombre, perteneciente a una determinada especie materialmente determinada o a un determinado reino de criaturas divinas. Para Bobbio el hombre se convierte en persona por el valor que él adquiere en la sociedad de los hombres, en cuanto los hombres mismos, se lo reconocen en razón de su necesidad de los otros, de dar a los otros.

Según Bobbio, el existencialismo constituía la expresión de una difusa crisis espiritual. Su personalismo laico e histórico-social había rechazado lo que calificó como sustancial esterilidad de la especulación existencialista. En esa misma línea, podemos encontrar a Biondo Biondi (Bronte, 12 de noviembre de 1888 – Milano, 19 de noviembre de 1966), quien afirmó que mientras el existencialismo en el mundo de la filosofía y del arte puede coexistir con otras corrientes espirituales, se puede combatir como se puede defender, en el campo del Derecho se presenta como una enfermedad, que es necesario buscar las causas y proponer un remedio. Un jurista, sigue Biondi, no puede ser existencialista, debido a que la angustia que lo invadiría no podría ser fundamento de doctrina ni estado permanente, siendo una enfermedad que se debe superar<sup>144</sup>.

El cuarto estudioso del existencialismo en Italia fue Uberto Scarpelli (Vicenza, 9 de febrero de 1924 – Milán, 16 de julio de 1993), en su disertación de *laurea* a la Universidad de Turín, *La persona nella filosofia giuridica moderna*<sup>145</sup>, trazo una breve historia del desarrollo del concepto de “persona” en la filosofía moderna y contemporánea, cimentado en la búsqueda de

---

<sup>142</sup> Traducido tempranamente al idioma español: Bobbio, Norberto, *El existencialismo. Ensayo de interpretación*, traducción de Lore Terracini, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1949, p. 15 y ss.

<sup>143</sup> Losano, Mario G., *Norberto Bobbio. Una biografía cultural*, Carocci editore, Roma, 2018, p. 158.

<sup>144</sup> Biondi, Biondo, *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, en: JUS. Rivista di Scienze Giuridiche, pubblicata per cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, fascículo 1, Milán, julio de 1950, p. 107.

<sup>145</sup> Scarpelli, Uberto, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2017, p. 21 y ss.

una búsqueda teórica del valor y de la dignidad de cada ser humano, evidenciando el equilibrio en las relaciones entre individuo y la sociedad al interior del Estado.

No obstante, la filosofía de la existencia descubrió que el ser del hombre es diferente al ser de las cosas; *que no es macizo, compacto, sino lábil y proyectivo, historializado...el ser del hombre es libertad que se proyecta en el tiempo*<sup>146</sup>.

La filosofía de la existencia ejerció importante influencia en la jusfilosofía contemporánea. Centró su atención en la persona humana como creador, protagonista y destinatario del Derecho. La ciencia jurídica, a su vez, asumió los postulados de la filosofía de la existencia al privilegiar una corriente personalista - que hace del hombre el centro y el eje del Derecho -, frente al tradicional individualismo-patrimonialista que constituye a la propiedad como el núcleo del interés de la dogmática jurídica. Propiedad a la que califica como derecho subjetivo “*absoluto, inviolable y sagrado*”. Expresiones que no se atribuyeron al ser humano social.

Por ende, la filosofía de la existencia constituyó la expresión filosófica de una época en crisis, en la cual el ser humano se volvió sobre sí mismo. El hombre se hizo problema. Coloca al ser libertad en el centro del sistema jurídico.

## **2.- Presupuesto: la Constitución italiana de 1947. *Del individuo a la persona***

El principio de solidaridad que se encuentra en el artículo 2<sup>147</sup> de la Constitución de Italia de 1947 y debe comprenderse, como lo ha afirmado acertadamente el historiador del Derecho Paolo Grossi<sup>148</sup>, que no se encuentra formulada en términos de un conjunto de individuos, sino de personas. Este cambio se constituye en una gran innovación en la cultura jurídica continental, como ha apuntado bien Guido Alpa<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Sartre, Jean Paul, *L'existencialismo è un umanismo*, al cuidado de M. Schoepflin, Armando Editore, Roma, 2006, p. 69.

<sup>147</sup> Constitución de la República Italiana de 1947:

Artículo 2: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de **solidaridad** política, económica y social (resaltado nuestro).

<sup>148</sup> Grossi, Paolo, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Marietti 1820, Bologna, 2018, p. 59.

<sup>149</sup> Alpa, Guido, *La persona fisica*, en: Alpa Guido y Resta, Giorgio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, Utet Giuridica-Wolters Kluwer, Milán, 2019, p. 74 y ss.

Debe recordarse que el término “*Persona*” en el lenguaje jurídico remite a un proceso de abstracción de las condiciones materiales que, como afirmó Stefano Rodotà<sup>150</sup>, puede apreciarse también en la persona “*jurídica*”. Asimismo, los derechos sociales, que se encuentran reconocidos en la constitución italiana, son atribuidos a la categoría de las personas<sup>151</sup>.

Se debe distinguir, siguiendo a Paolo Grossi<sup>152</sup>, que *individuo* y *persona* no son sinónimos. El individuo es el antiguo protagonista del constitucionalismo, es criatura insular, egocentrista y egoísta. La edad moderna se caracteriza por el pasaje del individuo a la persona, convirtiéndose en sujeto de derecho, que adquiere la titularidad de deberes, libertades, derechos, etc<sup>153</sup>.

En efecto, la persona, diversamente que el individuo (que es el protagonista de lo que algunos autores han denominado el constitucionalismo antiguo considerado en tanto ser insular, egoísta y egocéntrico<sup>154</sup>) es una entidad en estrecha relación con otros, criatura desde su origen relacional, siendo su característica principal su *socialidad*.

En ese sentido, la persona es el ser que esta premunido de diversas situaciones subjetivas que la Constitución de Italia de 1947 está compelida a proteger, y que se desarrollan en esferas de la libertad, pero también con un haz de numerosas situaciones de derecho, siendo el deber lo que socializa al sujeto, lo vuelve ser histórico<sup>155</sup>. El *sujeto*, la persona, es considerado el titular de las posiciones jurídicas subjetivas<sup>156</sup>. Es decir, el sujeto no es solo el destinatario de las normas, sino constituye también el punto de referencia, el centro de imputación de las situaciones jurídicas subjetivas.

---

<sup>150</sup> Rodotà, Stefano, *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 135.

<sup>151</sup> Di Giovanni, Bianca, *La dignità della persona nella Costituzione*, Ediesse, Roma, 2018, p. 44.

<sup>152</sup> Grossi, Paolo, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, p. 59.

<sup>153</sup> Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, quinta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2019, p.148.

<sup>154</sup> Grossi, Paolo, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, p. 59.

<sup>155</sup> Grossi, Paolo, *La legalidad constitucional en la historia del Derecho moderno*, en: *Propiedad, Constitución y Globalización*, traducción de Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017, p. 51.

<sup>156</sup> Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, décima edición, G.Giappichelli Editore, Turín, 2018, p. 59.

## 2.1.- Personalismo jurídico en la constitución italiana

La constitución italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947, en vigor desde el 01 de enero de 1948, que surgió luego de los horrores de la segunda guerra mundial, es quizás uno de los más logrados intentos del constitucionalismo moderno de receptación de las ideas personalistas jurídicas<sup>157</sup>.

En efecto, el artículo 2 de la constitución italiana garantiza y reconoce “*los derechos inviolables del hombre*”, ya sea como individuo o integrando las formaciones sociales “*donde desarrolla su personalidad*”. El referido articulado concluye exigiendo el cumplimiento de los “*deberes inderogables de solidaridad política, económica y social*”.

El referido artículo 2 recoge los planteamientos personalistas al reconocer tanto la existencia de los derechos “*inviolables del hombre*” como de los “*deberes de solidaridad*” que le competen como ser coexistencial, desplegado en la dimensión intersubjetiva. La mencionada estructura coexistencial del ser humano se presenta evidente cuando el citado artículo señala que es dentro de las “*formaciones sociales*” donde la persona realiza necesariamente su proyección existencial, social. Resulta de ello que el valor solidaridad, al lado de la justicia y seguridad, se encuentra en la centralidad del Derecho.

Como se ha observado<sup>158</sup>, el artículo 2 de la constitución italiana encuentra cabal desarrollo y complementación normativa en los enunciados contenidos en los artículos primero, tercero y cuarto de la carta política italiana.

Así, el artículo 1 reconoce que el trabajo es la forma como se expresa comunitariamente la actividad creadora que compete al ser humano como ser libre. El trabajo resulta ser el fundamento mismo de la República Italiana. La constitución italiana no contempla al trabajo como una abstracción. El trabajador es la concreción del *homo dignus*<sup>159</sup>.

Por su parte, el artículo 3 de la referida constitución al enunciar que todos los hombres poseen igual dignidad social, establece que es deber de la República “*suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*”.

---

<sup>157</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 135.

<sup>158</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 136.

<sup>159</sup> Rodotà, Stefano, *La rivoluzione della dignità*, La scuola di Pitagora editrice, Nápoles, 2013, p. 23.

Es evidente la relevancia que revisten los preceptos contenidos en los artículos primeros y tercero de la constitución italiana, que hacen parte de una concepción personalista del Derecho. Como lo señalaba Carlos Fernández Sessarego<sup>160</sup>, el más importante jurista peruano introductor de la cultura jurídica italiana en América del Sur, el artículo primero consagra la actividad misma del hombre, manifestada mediante el trabajo, como basamento de la sociedad jurídicamente organizada bajo la forma democrática y republicana de gobierno. Reafirma la centralidad de la persona como ser libre y creador, en relación con la sociedad y el Estado.

Por otro lado, el artículo 3 de la constitución de 1947 resalta el papel que la constitución asigna al Estado en cuanto servidor de la persona humana cuando se le impone el deber de remover los obstáculos que de hecho impidan su libre y pleno desarrollo. Esta norma también dispone la participación de todos los trabajadores en las organizaciones sociales en la medida que es dentro de ellas donde se desarrolla su personalidad.

Por su parte, el artículo tercero pone de manifiesto el rol que se impone al Estado. No es considerado un ente obligado tan sólo a un “*no hacer*” que consiste en respetar estos derechos, sino que se le atribuye el deber de promover el bienestar general y, en forma activa, de remover los obstáculos que se opongan o perjudiquen el pleno desarrollo de la persona.

El artículo 4 de la constitución de 1947 reconoce el derecho al trabajo que tienen todos los ciudadanos y el consiguiente deber del Estado de promover las condiciones que lo hagan efectivo, dispone también que es deber de la persona de contribuir, según su propia posibilidad y decisión, al progreso material y espiritual de la sociedad. Brinda su aporte al bien comunitario.

El contenido que subyace en el artículo 4 de la constitución italiana entraña la preeminencia de la presencia del valor solidaridad en las relaciones intersubjetivas. La solidaridad, junto a la justicia y la seguridad, se presenta como uno de los valores cimeros y superiores del Derecho, desde una perspectiva personalista alejándose del individualismo.

Rasgo característico de la constitución italiana es el diseño que, con este articulado, realiza respecto a las relaciones entre persona, sociedad y Estado. Dentro de ellas se advierte que estas dos últimas se encuentran al servicio de la persona. Esta se presenta como su fin supremo. El reconocimiento del rol central que asume la persona no conduce a una posición individualista. Todo lo contrario, la persona en virtud de su estructura coexistencial se encuentra en permanente interacción con la sociedad en una relación dinámica y fluida, conformada por recíprocos aportes

---

<sup>160</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 137.

que enriquece a ambas y contribuye al bien comunitario. Como expresaba Fernández Sessarego con sumo acierto, *personalismo es comunitarismo, es socialidad*<sup>161</sup>.

## 2.2.- Técnicas de tutela de la persona

La técnica constitucional italiana es la de establecer prevalentemente, mediante la disposición contenida en su artículo segundo, que es reconocida como “*cláusula general de la persona*”<sup>162</sup>. Es un principio general de protección de los “*derechos inviolables del hombre*”. Es norma, de cariz general, que inspira todo el ordenamiento jurídico, por lo que sirve de sustento, tanto de la legislación como a la jurisprudencia, en el propósito común de tutelar a la persona humana, por todos los medios posibles, del modo más oportuno y apropiado.

El problema de la persona y su tutela asume un doble significado, como ha señalado con acierto Pietro Perlingieri<sup>163</sup>, *de ser y deber ser*: de *deber ser* muchas veces expresado en la constitución, *de ser*, en cambio, expresado en la realidad del Derecho viviente. Sin embargo, también es evidente la situación opuesta: el *deber ser* se encuentra presente en la realidad socio-política, mientras las normas de la carta constitucional pueden ser anticuadas, superadas y lesivas a la tutela de la persona, porque pueden expresar un *deber ser* de un planteamiento institucional-estatal ya superado.

El artículo 2 actúa, según la opinión dominante de la doctrina, como cláusula general y abierta, por cuanto “*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre*”. Cesare Massimo Bianca en su monumental tratado *Diritto Civile* ha reconocido que este artículo es particularmente importante, en cuanto se presenta como cláusula general de tutela esencial de la persona humana<sup>164</sup>. Esta expresa la exigencia de la tutela integral de la persona mediante la defensa jurídica de todos los intereses que son esenciales a la consciencia social<sup>165</sup>.

Para otro de los juristas italianos, que también ha influenciado en el desarrollo del derecho de las personas en Perú, Guido Alpa<sup>166</sup>, el artículo 2 de la constitución de Italia tutela al individuo,

---

<sup>161</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 138.

<sup>162</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 139.

<sup>163</sup> Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 77.

<sup>164</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 142.

<sup>165</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 143.

<sup>166</sup> Alpa, Guido, *Persona fisica*, en: Alpa Guido – Resta, Giorgio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, p. 20.

ya sea como persona física, como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad: son formaciones sociales la familia, las asociaciones, los grupos, las comunidades de trabajo, etc., en las cuales la persona vive, madura, crece, cumple su experiencia de vida. En estas formaciones la persona es tutelada en el sentido que el ordenamiento se coloca como escudo antes cualquier acción dirigida a reprimir o lesionar su integridad.

¿Cómo debemos entender la tutela de la persona? No significa la tutela jurídica de posiciones de privilegio respecto a la colectividad, sino el respeto de la persona como ser social, mediante el equilibrio de sus intereses con la colectividad<sup>167</sup>.

Un sector de la doctrina italiana, respecto al artículo 2 de la constitución, niega que pueda ser vista como una cláusula general. Así Francesco Macioce<sup>168</sup> señala que no es “*idónea para introducir en el ordenamiento nuevos valores de libertad no codificados*”. Esta norma, según este jurista, no puede ser un “*sombrero de galera*”, del cual se pueden extraer siempre nuevos derechos de la persona. Esta es útil como un medio a partir del cual se puede efectuar una interpretación extensiva y analógica.

A esta posición se ha sumado otra que estima que la fórmula contenida en el referido artículo 2 es sólo de reenvío o remisión a específicos derechos de la persona. Esta postura ha sido respondida por Bianca<sup>169</sup> al señalar que estos planteamientos: “*privan a la norma de su autónomo significado y sobre todo no tiene en cuenta las exigencias de la tutela integral del hombre mediante la tutela de todos aquellos intereses que le son esenciales para la sociedad*”.

En efecto, corresponde especialmente al juez, frente a una agresión al ser humano, determinar si se trata de una lesión de un “*derecho inviolable*” de la persona<sup>170</sup>. El magistrado tiene la facultad, incluso ante la ausencia de un derecho subjetivo específicamente normado y enderezado a su tutela, a proceder sin dilación a la protección integral y unitaria del sujeto. El juez no puede, por ningún motivo, inhibirse de la inmediata tutela de un derecho fundamental de la persona que se encuentre amenazado o que haya sido lesionado. Tampoco puede dejar de

---

<sup>167</sup> Alpa, Guido, *Persona física*, en: Alpa Guido – Resta, Giorgio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, p. 21.

<sup>168</sup> Macioce, Francesco, *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padua, 1984, p. 31, citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 139.

<sup>169</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 143.

<sup>170</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, p. 140.

proteger un interés existencial, en tanto derecho subjetivo imperfecto<sup>171</sup>, digno de tutela jurídica. Para fundamentar su fallo cuenta con la vastedad de los principios constitucionales que, fundándose en la dignidad de la persona, actúan como cláusulas generales y abiertas, o como cláusulas en “blanco”.

Cabe precisar que la constitución italiana si bien no ignora los derechos fundamentales, que designa como “*inviolables*”, no los regula de forma sistemática y orgánica.

En efecto, al establecer cláusulas generales de tutela deja a la creatividad jurisprudencial y a la doctrina la determinación de cuáles derechos merecen esa calificación. No es así esporádico contemplar casos en los cuales, a partir de una sentencia precursora sustentada en una cláusula general y abierta, se desarrollen análisis doctrinarios sobre un “*nuevo*” derecho de la persona digno de tutela. De esta elaboración de la doctrina jurídica nacen leyes especiales complementarias de la codificación que incorporan nuevos derechos de la persona merecedores de protección jurídica.

Es precisamente en la experiencia jurídica italiana donde se ha presentado la elaboración doctrinaria, sobre la base de cierto sector de la jurisprudencia, siempre precursora y creativa, de nuevos derechos de la persona sin que contase con derechos subjetivos tipificados en el ordenamiento jurídico de Italia.

### **3.- El primer contacto sólido entre las culturas jurídicas peruana e italiana: las “*Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*” de Carlos Fernández Sessarego de 1964**

Entre los grandes difusores del derecho italiano en América Latina, deben considerarse especialmente tres nombres, uno de origen europeo, y dos sudamericanos. Nos referimos al español Santiago Sentís Melendo, el colombiano Fernando Hinestrosa Forero y al peruano Carlos Fernández Sessarego.

Sentís Melendo (Soria, 1900-Buenos Aires, 1979), como nos informa el procesalista español Manuel Cachón Cadenas<sup>172</sup>, se trasladó muy joven a Barcelona, cursando la carrera de Derecho en la Universidad de esta ciudad. Posteriormente ingresó en la carrera judicial, y siguió estudios en Italia con Piero Calamandrei. En 1939, al final de la guerra civil española, Sentís

---

<sup>171</sup> La definición de “*derecho subjetivo imperfecto*” se encuentra en la sentencia n° 978 de la Corte constitucional italiana del 7 de febrero de 1996, concerniente a un caso sobre identidad personal: citada por Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 144.

<sup>172</sup> Cachón Cadenas, Manuel, *Memoria de Procesalistas*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017, p. 157.

Melendo se vio obligado a exiliarse, pasando a Francia. Después se trasladó a Colombia, donde residió dos años, estableciéndose definitivamente en la Argentina en 1941, desarrollando en este país una labor imponente como investigador, docente, traductor y difusor de la ciencia procesal, especialmente italiana, a través de Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.).

En Colombia, el jurista y por muchos años rector de la Universidad Externado de Bogotá, Fernando Hinestrosa Forero (15 de marzo de 1931-10 de marzo de 2012), gran difusor de la doctrina italiana, especialmente de derecho civil y romano, mediante traducciones, como de las obras de Cesare Massimo Bianca, Renato Scognamiglio, Giuseppe Grosso, así como los volúmenes del tratado *Derecho Civil* de Francesco Donato Busnelli, Lina Bigliuzzi Geri, Ugo Natoli y Umberto Breccia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, en el ámbito peruano, se destacan, dentro de una de sus facetas académicas, la labor de difusión de la cultura jurídica italiana, del profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego (Callao, 07 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019).

Nieto de inmigrantes ligures, Fernández Sessarego se consolidó desde su juventud en la “*columna del derecho italiano en Latinoamérica*” (como lo llamaba el Prof. Francesco Donato Busnelli<sup>173</sup>), al difundir los aportes de la doctrina y cultura jurídica italiana a partir de los años 50 del siglo XX en América del Sur, y especialmente en el derecho peruano.

Desde su tesis para alcanzar el grado de bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, presentada en 1950, titulada “*Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*”<sup>174</sup>, en donde presentó su teoría tridimensional del Derecho (que considera la experiencia jurídica como la conjunción dinámica de conducta humana, valores y normas jurídicas), se encuentra imbuida en el pensamiento jurídico italiano, que le sirvió de notable fundamento.

Así en sus páginas encontramos las citas de las obras del jusfilósofo Giorgio del Vecchio (*Filosofía del Diritto; Derecho y vida; Los supuestos filosóficos de la noción de Derecho y El concepto de Derecho*), como el libro de Giovanni Gentili *Los fundamentos de la filosofía del Derecho* y el valioso libro precursor de Guido Gonella *La Persona nella filosofia del Diritto*, así

---

<sup>173</sup> Como informa Espinoza Espinoza, Juan, *Por un sistema jurídico con identidad propia. Propulsor de grandes reformas. El humanismo peruano en la obra de Carlos Fernández Sessarego*, en: *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del diario “El Peruano”, segunda etapa, año 10, Lima, 08 de marzo de 2016, p. 3.

<sup>174</sup> En su última edición: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho*, cuarta edición, Motivensa editora jurídica, Lima, 2017.

como la de Alessandro Groppali *Filosofia del Diritto*, que demuestra su profundo conocimiento de la filosofía del Derecho itálica.

En el campo del derecho de las personas, es pionero su trabajo *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, publicado en 1964<sup>175</sup>. Este ensayo fue el primero que, en modo crítico, planteaba la necesidad de la reforma del código civil de 1936, especialmente respecto al libro primero dedicado al derecho de las personas. En este ensayo, Fernández Sessarego evidenciaba que, por las consideraciones ideológicas, por un marcado individualismo patrimonialista, el código civil de Perú de 1936 ignoraba el tratamiento normativo de los derechos fundamentales del ser humano, como son, entre otros, los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad psicosomática, a la identidad, a la salud, al honor, a la intimidad. Apenas se regulaba en su texto, en forma breve, lo concerniente a la capacidad, al nombre, al domicilio y a los registros de estado civil. La explicable pobreza del código civil de 1936 en esta materia era elocuente, por lo que Fernández Sessarego propugnaba una nueva sistemática del tratamiento de los derechos de la persona en el Perú y brinda las grandes líneas de lo que sería el Libro Primero del nuevo código civil, promulgado en 1984.

La doctrina jurídica italiana se presenta en el Perú por primera vez en forma sistemática en el referido trabajo. Así se encuentran referencias serias a los aportes de Tito Ravà, Calogero Gangi y, especialmente, Adriano de Cupis. Cabe precisar que se considera a este último, que fue profesor de la Universidad de Roma “La Sapienza”, uno de los primeros juristas italianos en brindar un tratamiento sistemático sobre los derechos de la persona. Así, en un valioso trabajo de los años 50 del siglo XX, afirmaba el jurista italiano que el hombre es persona también para el derecho positivo, es persona fuera del Derecho y al interior del Derecho, y dentro de este en el derecho positivo<sup>176</sup>. Lo que De Cupis denominó personalidad se encuentra como valor natural en el hombre, fuera de todo orden jurídico, y en el orden jurídico se traduce en personalidad jurídica y esta se cumple en el orden, tanto positivo como jurídico, en su conjunto.

Aunque, en el referido trabajo aурoral del Prof. Fernández Sessarego, no faltan también críticas a la doctrina italiana dedicada al derecho de las personas como la de Adriano de Cupis, concerniente a la falta de distinción sobre el derecho sobre la propia imagen, por cuanto no se persigue la tutela del honor sino la protección de la reserva o secreto de la vida privada, que puede ser divulgada sin consentimiento de la persona, mediante la exhibición o publicación de la

---

<sup>175</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, en: *Mercurio Peruano*, Lima, mayo-junio de 1964, pp. 1-34.

<sup>176</sup> De Cupis, Adriano, *La persona umana nel diritto privato*, en: *Il Foro Italiano*, volumen 79, Società Editrice Il Foro Italiano, Roma, 1956, p. 77.

imagen<sup>177</sup>. No obstante, la obra de De Cupis influyó en la construcción de la teoría peruana del derecho de las personas, especialmente la obra fundamental que dedico a la materia: *I diritti della personalità*, cuya última edición es de 1982<sup>178</sup>. El planteamiento sobre el honor es apreciado en este trabajo, en cuanto es considerado como la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros y en el sentimiento de la persona misma<sup>179</sup>.

En *Las consideraciones sistemáticas*, no escapa a Fernández Sessarego<sup>180</sup> realizar críticas al código civil de 1942, como, por ejemplo, la que realiza al artículo 10 de este cuerpo normativo, sobre el derecho a la imagen propia. Por cuanto, señala el recordado profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cae en confusión al considerar como abuso de la imagen ajena la exhibición o publicación de esta con perjuicio del decoro o la reputación. Esta situación se refiere, señala nuevamente el jurista peruano, a la tutela del honor más no a la protección de la reserva o secreto de la vida privada. Se glosa, en esta parte, la contribución del jurista italiano Franco Ligi<sup>181</sup>.

Fernández Sessarego resalta los alcances del artículo 10 del código civil italiano<sup>182</sup>, en cuanto estipula la imposibilidad de exhibir o publicar la imagen de una persona en los casos en que no es permitida por ley y establece la posibilidad de cesar el abuso y de resarcir los daños y

---

<sup>177</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 18.

<sup>178</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, en: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, continuado por Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, pp. 1- 618.

<sup>179</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè editore, Milán, 1950, p. 93. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 25.

<sup>180</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 18.

<sup>181</sup> Ligi, Franco, *Contributo allo studio comparato della personalità negli ordinamenti tedesco, americano, francese e italiano*, en: *Anuario di diritto comparato e di studio legislativo*, volumen XXXI, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1956, p. 137 y ss.

<sup>182</sup> Código civil italiano de 1942:

Artículo 10: Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.

perjuicios ocasionados. La acción que puede plantearse comprende a los padres, al cónyuge y a los hijos del perjudicado.

Respecto al tratamiento de las personas colectivas no reconocidas, Fernández Sessarego en su trabajo pionero de 1964 destaca el aporte del codificador civil italiano de 1942, respecto al reconocimiento de la existencia de asociaciones que no han cumplido con la formalidad requerida para obtener personalidad jurídica, protegiendo a los terceros acreedores que contratan con la asociación de facto.

En efecto, el legislador italiano de 1942 ha establecido en su código civil que el ordenamiento interno y la administración de estas asociaciones carentes de personalidad jurídica se regulan por los acuerdos de los asociados y que ellas pueden estar en juicio en la persona que ejerce la presidencia o dirección de conformidad a los referidos acuerdos. Debe resaltarse también, como hace Francesco Galgano<sup>183</sup>, que el acto constitutivo de la asociación es, como en todo fenómeno asociativo, un contrato, que tiene naturaleza consensual, cuya validez no se encuentra subordinada a la adopción de formas especiales.

Asimismo, Fernández Sessarego comentando el artículo 37 del *codice civile* de 1942, que establece que las aportaciones de los asociados y, en forma general, los bienes adquiridos constituyen un fondo común, cuya participación y división, señala, no puede requerirse mientras dure la asociación de facto. El referido fondo común respalda las obligaciones asumidas por quien ejerce su representación. Los representantes que hayan contratado a nombre de la asociación son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas, como lo establece el artículo 38. Como señala Galgano<sup>184</sup>, este artículo enuncia el doble principio por el cual los asociados responden de las obligaciones de la asociación solo en los límites del “fondo común”.

Ya en 1964 Fernández Sessarego<sup>185</sup> propugnaba que era necesaria la regulación jurídica de las asociaciones no reconocidas en el Perú, tomando como pauta la legislación italiana, considerando también la experiencia peruana, especialmente a los sindicatos y las cooperativas.

---

<sup>183</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, Commentario del Codice Civile, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna, 1967, p. 140.

<sup>184</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 214.

<sup>185</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 28.

Respecto al comité, Fernández Sessarego<sup>186</sup> trata la importancia del código civil de 1942 de Italia, especialmente los artículos 39 a 42, que regulan la actividad de los comités y estipula las obligaciones de los promotores y el destino de los fondos recolectados.

Así, resaltaba el jurista peruano que el artículo 40 del *codice civile* de 1942 establece que los organizadores y quienes asumen la gestión de los fondos recaudados son responsables personal y solidariamente de la conservación de estos y de su destino a la finalidad anunciada. Como apunta Francesco Galgano<sup>187</sup> esta regulación establece que, si los organizadores se identifican con lo que han asumido, la iniciativa de una obra de interés colectivo y han establecido el programa, vale decir el plan, concierne a la conservación de los fondos, que la iniciativa de los promotores ha permitido acoger y al destino de la finalidad anunciada, que integra los extremos de la figura de los organizadores del comité.

El artículo 41 del *codice civile*, señala Fernández Sessarego<sup>188</sup>, estatuye que los organizadores responden personal y solidariamente de las obligaciones asumidas a nombre del comité y resalta que el referido comité pueda estar en juicio en la persona de su presidente.

En el artículo 42 se dispone que la autoridad gubernativa determinará la adjudicación o destino de los fondos cuando, por ser insuficientes, no se ha cumplido con la finalidad propuesta o cuando efectuada ésta quedasen aún fondos disponibles, según anotaba el jurista peruano. Al respecto, Francesco Galgano<sup>189</sup> manifestó que en esta norma la relación se extingue, la autoridad gubernativa dispone la devolución de los fondos residuos, este los destinará a finalidades análogos por los cuales habían sido corregidos. La autoridad gubernativa no interviene, según la reserva final de este artículo, si la devolución de los bienes residuos que habían sido regulada al momento de la constitución. No debemos olvidar que, en la visión del legislador de 1942, el comité tendencialmente tiene una duración temporal, correspondiente al periodo necesario para la recolección de los fondos en vista de su finalidad fijada<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 29.

<sup>187</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 301.

<sup>188</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, p. 29.

<sup>189</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, p. 327.

<sup>190</sup> Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Istituzioni di Diritto privato*, décima edición, G.Giappichelli Editore, Turín, 2019, p. 103.

Acoge Fernández Sessarego el pensamiento de Francesco Messineo, respecto a una regulación de los entes colectivos no inscritos, por cuanto negar ello hubiera significado cerrar los ojos a la realidad jurídica<sup>191</sup>.

#### **4.- Semejanzas y diferencias de carácter sistemático entre el código civil italiano de 1942 y el peruano de 1984**

Entre el código civil de Italia de 1942 y el peruano promulgado en 1984 se pueden evidenciar no solo coincidencias y diferencias de carácter sistemático sino también se presentan semejanzas y distingos en el tratamiento normativo de las instituciones propias del derecho de las personas. Este hecho es consecuencia de que el codificador de 1984, el Prof. Carlos Fernández Sessarego, al formular el proyecto del Libro de derecho de las personas, tuvo más en cuenta la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia italiana que el propio código civil de 1942, el mismo que en los años transcurridos desde su promulgación ha sido objeto de diversos comentarios y de abundante crítica<sup>192</sup>. Fue por ello más útil y provechoso el aporte del fecundo pensamiento de los juristas italianos que han recreado su cuerpo normativo. Todo el proceso de elaboración del libro primero del código civil peruano estuvo referido a la realidad social del país y a las valoraciones propias de la comunidad nacional vigentes en el momento histórico en que se redactó.

Existen algunas disimilitudes de orden sistemático entre los dos códigos civiles. El código civil peruano, siguiendo la tradición del código civil suizo, trata la temática de la persona y de la familia en libros separados, situación que lo distancia del código civil italiano que comprende ambas materias en un solo libro.

Al lado de la desemejanza señalada en el párrafo precedente cabe destacar que el código civil de 1984, a diferencia del italiano, incorpora lo atinente al domicilio, la desaparición, la ausencia y la muerte presunta antes de regular normativamente lo concerniente a las personas jurídicas, manteniendo de este modo una unidad sistemática en el tratamiento de la persona natural.

En lo que atañe siempre al aspecto sistemático no puede pasarse por alto el hecho que el código civil italiano refunde en un mismo capítulo la materia concerniente a las personas jurídicas

---

<sup>191</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II: Doctrinas Generales (§§ 7 a 48)*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 193.

<sup>192</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p.114.

y aquella atinente a las asociaciones y comités no reconocidos. El código civil peruano, en cambio, regula separadamente ambas situaciones por tratarse de diferentes sujetos de derecho.

Fernández Sessarego<sup>193</sup> observaba que es criticable un error sistemático que comete el código civil peruano al normar, fuera del Título referente a las personas jurídicas, y después de haberse regulado las organizaciones de personas no inscritas, la materia concerniente a las comunidades campesinas y nativas, las que, por disposición constitucional, son personas jurídicas.

## 5.- La tutela jurídica de vida intrauterina: el concebido

Respecto a la protección que el ordenamiento jurídico brinda al concebido, es menester señalar que el código civil peruano, a diferencia de otras codificaciones, reconoce al concebido la calidad de sujeto de derecho, es decir, centro de referencia o imputación de todo aquello que le favorece. El artículo primero contiene también el enunciado de que la vida humana comienza con la concepción. Asimismo, se determina que los derechos no patrimoniales atribuidos al concebido no se encuentran bajo condición resolutoria, ya que se resuelven si el concebido nace muerto. Esta solución se distancia de aquella que, como la del código civil argentino de 1869 elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>194</sup> así como la del código civil y comercial vigente de 2015<sup>195</sup>, otorga al concebido la calidad de persona, como de aquella otra que le niega personalidad o de las posiciones eclécticas que asimilan al concebido a la condición de persona para todo aquello que lo favorece, sujeto a condición suspensiva. Se reputa al concebido en esta última hipótesis como una “*persona*” que carece de personalidad, de capacidad de ser sujeto de derecho, una ficción<sup>196</sup>. Paradójicamente se trata al concebido como algo que es sin ser aún.

Cabe precisar que el código civil peruano, al adoptar una solución jurídica en torno al concebido, no limita su calidad de sujeto de derecho sólo para aquello que específicamente la ley

---

<sup>193</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, p.119.

<sup>194</sup> Código civil y Comercial de la República Argentina de 1869.

Art.63.- Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

<sup>195</sup> Código Civil y Comercial de argentino de 2015.

Artículo 19. *Comienzo de la existencia*

La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

<sup>196</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El concebido en el derecho contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p.343.

le imputa, como es el caso del código civil de Italia<sup>197</sup>, sino que adopta una fórmula genérica al no establecer dicha restricción. Por el contrario, al referirse en términos genéricos a todo “*todo cuanto le favorece*”, trasciende el marco normativo. De este modo, se extiende en favor del concebido una amplia tutela al reconocer subjetividad a una realidad existencial que representa un tramo en el desarrollo del ser humano que, a partir del nacimiento, será jurídicamente persona. Esta solución se halla en concordancia con la constitución política peruana de 1993, aunque precisa sus alcances. La doctrina peruana<sup>198</sup> ha señalado que el código civil peruano de 1984 es uno de los primeros en el mundo que reconoce la condición de sujeto de derecho del concebido y le brinda ciertos derechos que puede ejercer mediante representación desde el inicio de su existencia.

El codificador peruano de 1984 advirtió que un sector importante y tradicional de la doctrina jurídica italiana era contrario al otorgamiento de la subjetividad al concebido. No obstante que, pese a ello, el codificador del Perú siguió de cerca los más importantes avances de dicha doctrina, la misma que se enriqueció notablemente con ocasión del debate respecto a la ley n° 194 de 22 de mayo de 1978 sobre la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo.

Importantes para el legislador peruano fueron también las consideraciones de Cesare Massimo Bianca<sup>199</sup>. Así el profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, señala que para el ordenamiento jurídico italiano la capacidad jurídica es una cualidad esencial que la persona física adquiere desde el momento mismo del nacimiento (artículo 1 del código civil italiano<sup>200</sup> de 1942) y que pierde solo al producirse el fallecimiento del sujeto. Asimismo, al

---

<sup>197</sup> Incluso hay autores en la experiencia jurídica italiana que conducen la tutela jurídica del concebido al antiguo derecho romano. Así se llega a expresar que el derecho romano defendió la vida humana desde su concepción, afirmándose también que los juristas romanos adoptaron, en referencia al concebido, una terminología muy concreta y simple como, por ejemplo, *qui in utero est, partus, ventur* y no meras abstracciones conceptuales, utilizadas modernamente por la doctrina y por los legisladores, como derecho subjetivo, sujeto de derecho, personalidad jurídica, capacidad jurídica, que se alejan de la *res humanae*: Baccari, Maria Pia, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, G. Giappichelli editore, Turín, 2006, pp.1-2.

<sup>198</sup> Guevara Pezo, Víctor, *Personas naturales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.91.

<sup>199</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, segunda edición, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 221.

<sup>200</sup> Código Civil Italiano de 1942.

Artículo 1. Capacidad jurídica.

concebido el ordenamiento itálico reconoce la posibilidad de ser titular de los derechos subordinados al evento del nacimiento. Su pensamiento perfila una concepción realista sobre la calidad jurídica del concebido.

Otro autor italiano importante para el derecho peruano es el profesor pisano Francesco Donato Busnelli. Así, en un conocido trabajo, Busnelli<sup>201</sup> declarará que el concebido es un sujeto jurídico, en el ordenamiento jurídico italiano, desde el momento de su formación, como lo establece también la Ley N° 40 del 19 de febrero de 2004, norma en materia de procreación medicamente asistida, que en su artículo 1 dispone que al fin de favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humano es permitido la utilización de la procreación medicamente asistida, en las condiciones y según las modalidades previstas en esta ley, que asegure los derechos de todos los sujetos involucrados, incluido el concebido.

Como ha afirmado con razón Paolo Gallo<sup>202</sup>, en el ordenamiento jurídico italiano, con esta ley, por vez primera se trata de los “*derechos del concebido*”, en contraste con la tradición jurídica que siempre se siguió respecto a la capacidad jurídica y, por ende, a la idoneidad para ser centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, con el evento del nacimiento (artículo 1 del código civil italiano).

No debe olvidarse, como ha señalado Gianni Ballarini<sup>203</sup>, que el hecho que el concebido es ya un ser ontológicamente determinado, (y recordando una expresión de Francesco Carnelutti<sup>204</sup>) es un dato real y existente.

---

La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento.

Los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento.

<sup>201</sup> Busnelli, Francesco Donato, *L'inizio della vita umana*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 2004, p.533 y ss.

<sup>202</sup> Gallo, Paolo, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Utet Giuridica, Turín, 2009, p. 34.

<sup>203</sup> Ballarini, Gianni, *La capacità giuridica “statica” del concepito*, en: *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen XXXVI, Giuffrè Editore, Milán, julio-septiembre de 2007, p. 1467.

<sup>204</sup> Carnelutti, Francesco, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, en: *Id., Discorsi intorno al diritto*, III, Cedam, Padua, 1961, p. 121 y ss.

Por su parte, Giorgio Oppo<sup>205</sup>, quien, en un ensayo muy conocido, sostuvo que el concebido es una “*persona en formación*”, un ser humano antes del parto.

Efectivamente, la calificación jurídica del concebido inspira, en el ordenamiento italiano, la afirmación de la tutela de la vida humana, considerándole sujeto con el objetivo de protegerlo<sup>206</sup>.

El artículo 1 del código civil italiano parecería negar la subjetividad al concebido, al prescribir que los derechos que la ley le reconoce están subordinados al evento del nacimiento. El concebido, según dicho cuerpo normativo, no goza de tales derechos, ellos sólo se “*conservan*”, sin titular designado, a la espera que por el hecho del nacimiento recién aparezca un sujeto de estos. No obstante, como anota Bianca, el que el concebido no adquiera de modo definitivo tales derechos no significa que, antes del nacimiento, el concebido esté privado de capacidad jurídica. De otro modo, recuerda el jurista de Roma, no se comprendería cómo es que el propio código establece que estos derechos sean efectivamente ejercitados por los representantes del concebido.

El concebido es realmente portador de intereses que deben hacerse valer antes del nacimiento, por lo que al ser merecedores de tutela y en correspondencia con ellos, el ordenamiento jurídico atribuye al concebido, según Bianca<sup>207</sup>, una capacidad provisoria que se convierte en definitiva si es que el concebido nace con vida o, caso contrario, ella se resuelve, si tal evento no se produce.

Puede apreciarse, como lo hace notar el ponente del libro primero, Prof. Fernández Sessarego<sup>208</sup>, una autorizada área de la doctrina italiana comparte, en alguna medida, la solución adoptada por el código civil peruano en cuanto al concebido, no obstante reconocer la existencia de posiciones doctrinarias divergentes y de la incoherente legislación vigente sobre el particular. En todo caso, el tratamiento que el código civil peruano otorga al concebido constituye una decidida toma de posición que guarda concordancia con una visión humanista del Derecho. La categoría de sujeto de derecho que otorga el código civil peruano de 1984 al concebido, no solo

---

<sup>205</sup> Oppo, Giorgio, *L'inizio della vita umana*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 1982, p.499 y ss.

<sup>206</sup> Ballarini, Gianni, *Nasctituro (soggettività del)*, en: *Enciclopedia di Bioetica e Scienze Giuridica*, volumen IX, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015, p. 140.

<sup>207</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 222.

<sup>208</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.123.

se condice con una visión humanista de lo jurídico sino también guarda consonancia con una concepción tridimensional de la experiencia jurídica.

## **6.- La regulación de los derechos de las personas físicas o naturales**

Sobre la regulación de las personas físicas o naturales se pueden encontrar semejanzas y diversidades entre el código civil italiano y el peruano de 1984.

Una primera nota característica es que el código civil del Perú hace un tratamiento más extenso de los derechos de la persona física, si se le compara con el italiano de 1942<sup>209</sup>, incorporando el peruano un numeroso grupo de derechos de la persona no considerados por el italiano. Cabe recordar, como lo hace Francesco Donato Busnelli<sup>210</sup>, que el “*derecho de las personas*” constituye una de las raras “*novedades*” ofrecidas por el código civil de 1942.

En términos generales se advierte que el código civil peruano trata más extensamente la materia e incorpora, dentro del texto normativo, un nutrido grupo de derechos de la persona no considerados en el código civil italiano. En este sentido cabe indicar que los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 no reconocen antecedentes en el código civil italiano.

El artículo 4<sup>211</sup> del código civil peruano se remarca que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

Por su parte, el artículo 5<sup>212</sup> destaca los derechos esenciales a la vida, la libertad, el honor, la integridad psicosomática, estableciéndose su carácter de irrenunciables, así como la imposibilidad de que su ejercicio pueda sufrir limitación voluntaria, salvo el caso referido a las excepciones previstas en el artículo 6 en lo que concierne a la genérica prohibición de disponer del propio cuerpo.

---

<sup>209</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.124.

<sup>210</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il diritto delle persone*, en: *I cinquant'anni del codice civile*, atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, *volume primo: Relazioni*, Giuffrè Editore, Milán, 1993, p. 99.

<sup>211</sup> Código civil peruano de 1984, aprobado por el Decreto Legislativo 295.

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

<sup>212</sup> Código civil peruano de 1984.

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.

En lo referente a los actos de disposición del propio cuerpo, el artículo 6<sup>213</sup> del código civil peruano no sólo se limita, como lo hace el artículo 5<sup>214</sup> del código civil italiano, a prohibir los actos de disposición del propio cuerpo, sino que establece los casos de excepción a la regla. En este sentido, el artículo 6 del primero de dichos códigos admite la validez de tales actos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. El artículo siguiente prescribe, no obstante, que tales actos de disposición de órganos o tejido que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante, el mismo que debe prestar su consentimiento expreso y constar por escrito.

El código civil de 1984 trata, en términos generales, la materia referente a los trasplantes de órganos o tejidos tanto entre seres vivos como para después de la muerte, precisando los alcances de la revocación de los actos de disposición.

La minuciosa regulación de los trasplantes de órganos y tejidos, como lo apunta el propio código, está reservada a una ley especial, la cual es la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos del 16 de marzo de 2004 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2005-SA, vigente desde el 23 de mayo de 2005.

Por su parte, el artículo 7<sup>215</sup> del código civil del Perú se encuentra muy vinculado con el artículo 6 del mismo cuerpo normativo, en cuanto prescribe las limitaciones que deben respetarse

---

<sup>213</sup> Código civil peruano de 1984.

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.

<sup>214</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 5.- *Actos de disposición del propio cuerpo.*- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

<sup>215</sup> Código civil del Perú de 1984.

en caso de donación de órganos, tejidos o partes del organismo humano, que no tenga la característica de la regeneración o que se produzca en consideración de motivos humanitarios, que no implique el sacrificio de la vida del donante, un grave perjuicio de su salud o la reducción de su tiempo de vida.

El artículo 8<sup>216</sup> del código civil peruano establece la facultad de la persona de disponer de su cuerpo para después de su fallecimiento, siempre que este acto responda a una finalidad altruista, desprovista de espíritu de lucro. Por ello, al ser tratado el cadáver como un objeto *sui generis* de significado especial, solo se permite ceder el cuerpo, después de la muerte, para fines de interés social o para la conservación o prolongación de la vida humana.

En tanto el artículo 9<sup>217</sup> del código civil del Perú, que se encuentran en concordancia con los artículos 6,7 y 8 de este cuerpo, permite la revocabilidad de los actos de disposición del cuerpo, ya sea en vida del donante o para después de su muerte.

En el caso de la disposición en vida de parte del cuerpo del sujeto se considera que es posible la revocación del acto antes de que se encuentre en trance de consumación. Ello se debe por necesidad de preservar la vida tanto del donante como la del donatario y por tratarse de un acto de liberalidad.

---

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.

<sup>216</sup> Código civil del Perú de 1984.

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 banco de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

<sup>217</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

El artículo 11<sup>218</sup> del código civil del Perú se inspira en el segundo párrafo del artículo 32<sup>219</sup> de la constitución italiana, el que prescribe que ninguna persona puede ser obligada a someterse a tratamiento sanitario o médico, salvo disposición de la ley, agregando que la norma no puede en caso alguno violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana. Este artículo admite como válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, sin que ello signifique renuncia a su derecho a la intimidad, en la hipótesis que la conservación de su salud o de su aptitud física o psíquica sea motivo determinante de una relación contractual. En esta eventualidad se encontrarían, entre otros, los deportistas sujetos a un régimen de dependencia de carácter laboral o los miembros de una institución militar o policial destinados a actividades en las que el estado psicofísico es fundamental para el cumplimiento de delicada misión. Es un artículo novedoso en comparación con el código civil italiano de 1942.

El artículo 12<sup>220</sup> del código civil peruano, que establece que no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad psicosomática, no reconoce antecedente en el código civil italiano, aunque está inspirado en la doctrina de Italia más autorizada.

El artículo 13<sup>221</sup> del código civil peruano contempla los derechos que corresponden a los parientes del difunto en relación con el cadáver. En dicho numeral se establece que, a falta de

---

<sup>218</sup> Código civil del Perú de 1984.

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

<sup>219</sup> Constitución italiana de 1947.

Artículo 32.- La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes.

Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana

<sup>220</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

<sup>221</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

declaración hecha en vida, dichos parientes están facultados a decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura, sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes<sup>222</sup>.

Sobre el derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, el código civil italiano no consigna una norma como la del artículo 14<sup>223</sup> del código civil peruano que reconoce, entre los múltiples derechos que tutelan a la persona, aquel que se refiere a su intimidad personal y familiar en el más amplio sentido. El derecho a la privacidad o a la reserva está ampliamente tratado por la doctrina y ha sido materia de rica jurisprudencia en Italia. Esta norma del código civil peruano tuvo inspiración en los aportes de Adriano de Cupis<sup>224</sup>, Stefano Rodotà<sup>225</sup>, Pietro Rescigno<sup>226</sup>, entre otros.

En lo concerniente al derecho sobre la imagen, el artículo 15<sup>227</sup> del código civil peruano se inspira tanto en la doctrina como en el artículo 10<sup>228</sup> del código civil italiano, aunque incorpora

---

<sup>222</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984*, décimo tercera edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 203 y ss.

<sup>223</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

<sup>224</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Giuffrè editore, Milán, 1982, p. 283 y ss.

<sup>225</sup> Rodotà, Stefano, *La "privacy" tra individuo e collettività*, en: *Politica del diritto*, número 5, Jovene editore, Nápoles, 1974.

<sup>226</sup> Rescigno, Pietro, *Il diritto all'intimità della vita privata*, en: *Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli*, tomo IV, Jovane, Nápoles, 1973.

<sup>227</sup> Código civil del Perú de 1984.

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

<sup>228</sup> Código civil italiano de 1942.

también el derecho a la voz. Cabe indicar que, atendiendo a la crítica efectuada por un parte de la doctrina jurídica italiana sobre el contenido de dicho artículo y, especialmente, la formulada por Adriano de Cupis<sup>229</sup>, se evitó en el código civil peruano cometer el error sistemático en que incurre dicho artículo, en cuanto confundir la tutela de la imagen con la del honor. La primera puede ser considerada dentro de los derechos a la intimidad, mientras que el segundo se refiere al sentimiento de la propia dignidad que experimenta la persona.

Respecto a la correspondencia, las comunicaciones y las grabaciones de la voz, el código civil del Perú dedica su artículo 16<sup>230</sup> a la tutela de la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad personal o familiar. Esta protección no es acogida por el código civil italiano de 1942, no obstante que el tema es tratado genéricamente por el artículo 15<sup>231</sup> de la constitución de Italia de 1947, por la doctrina y la jurisprudencia. Es menester señalar que la constitución peruana de 1993 regula detenidamente la materia en el inciso 10 del artículo 2<sup>232</sup>.

---

Artículo 10.- *Abuso de la imagen ajena*: Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.

<sup>229</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Giuffrè editore, Milán, 1982, p. 285 y ss.

<sup>230</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

<sup>231</sup> Constitución italiana de 1947.

Artículo 15.- La libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. La limitación de estos sólo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley.

<sup>232</sup> Constitución Política de Perú de 1993.

Sobre el nombre como derecho y deber, el código civil peruano, sin llegar a una detenida regulación de la materia, que habría sido impropia de dicho cuerpo legal, trata más extensamente que el *code civile* italiano el derecho-deber del nombre de la persona<sup>233</sup>.

Debe señalarse la influencia de la doctrina y del código civil italiano en lo que se refiere a la tutela del seudónimo, la misma que no aparecía en el anterior código civil de 1936.

En cuanto al domicilio y la residencia, la solución adoptada por el código civil peruano en materia de domicilio es diversa de aquella del *code civile* italiano<sup>234</sup>. En el primero, la residencia es el hecho que origina, ser habitual, el concepto jurídico de domicilio como lugar del espacio donde se encuentra la persona para el efecto de la imputación de derechos y deberes. En el código civil de Italia se distingue residencia de domicilio y, ambos, de morada.

Así, el domicilio -ubicado sistemáticamente después de las personas jurídicas y entes no personificados- es, según lo preceptúa el artículo 43<sup>235</sup> del código civil de Italia, el lugar en el cual la persona ha establecido la sede principal de sus negocios o intereses. En cambio, la residencia es el lugar en que la persona tiene su morada habitual.

Los códigos civiles peruano e italiano, con algunas diferencias, coinciden en señalar que el cambio de domicilio no puede oponerse a los terceros de buena fe -reducidos a acreedores en la terminología del primero de ellos- si no es debidamente comunicado, así como en la posibilidad de elegir domicilio especial para ciertos actos o negocios.

En lo que se refiere al domicilio debe señalarse que, a diferencia de lo que acontece con el código civil italiano, el peruano no indica el domicilio de la persona jurídica.

---

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

<sup>233</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.128.

<sup>234</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.128.

<sup>235</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 43.- *Domicilio y residencia*: El domicilio de una persona está en el lugar en que ella ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses.

La residencia está en el lugar en que la persona tiene su morada habitual.

Sobre la desaparición, el artículo 47<sup>236</sup> del código civil peruano, que la caracteriza jurídicamente, se inspira en el artículo 48 del código civil italiano y, en larga medida, en el pensamiento de autores como Cesare Massimo Bianca, que plantea que la desaparición es un hecho que no requiere declaración judicial y que origina la designación de un curador, sin establecer plazo alguno para tal efecto. Para Bianca<sup>237</sup>, la desaparición no origina como tal incerteza jurídica respecto a la existencia de la persona.

Con la modificación realizada por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, establece el artículo el plazo de sesenta días para solicitar la designación del curador interino, a diferencia del artículo original que no lo fijaba.

Fernández Sessarego<sup>238</sup>, expresando su postura crítica a esta modificación, señalaba que cuando una persona ha desaparecido de su domicilio y se ignore su paradero no se debe esperar tiempo alguno para solicitar la designación del curador interino, urgiendo su designación, lo que es necesario para no dejar en estado de abandono, por dos largos meses, tanto los intereses personales como los patrimoniales de la persona que ha desaparecido sin tenerse noticias de su paradero. Sesenta días se constituye en mucho tiempo para recién solicitar la referida designación, siendo tiempo suficiente para que personas no autorizadas puedan actuar en forma contraria a dichos intereses del desaparecido.

---

<sup>236</sup> Código civil del Perú de 1984.

Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, publicada el 22 abril 1993. La misma que recoge las modificaciones hechas con anterioridad a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 04 marzo 1992 y la del Artículo 5 del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992:

Artículo 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

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

<sup>237</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile: Tomo I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 283.

<sup>238</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, p. 317.

Es advertible la influencia que ejerció el código civil italiano en lo que concierne a la declaración judicial de ausencia y sus efectos. No obstante, existen algunas diferencias. La más evidente se refiere a que el código civil peruano no exige<sup>239</sup>, contrariamente al *codice civile* italiano, la apertura de los actos de última voluntad para proceder a la dación temporal de la posesión de los bienes del ausente. La posesión se otorga, según el código civil peruano, a “*quienes serían sus herederos forzosos*” al tiempo de proceder a tal declaración.

Por otro lado, otra distinción que es necesario señalar que mientras el código civil italiano permite al cónyuge, ascendientes y descendientes, el goce de la totalidad de las rentas provenientes del patrimonio del ausente, el código civil peruano<sup>240</sup> obliga a aquéllos a reservar de los frutos, en cualquier caso, una parte igual al tercio de libre disposición del ausente.

## **7.- El tratamiento de la persona jurídica o colectiva**

Sobre el tratamiento de la persona jurídica, aparte de las diferencias, y de la incorporación del comité en tal calidad, cabe precisar que dentro del código civil peruano de 1984 su tratamiento responde a una concepción tridimensional de la experiencia jurídica en la que se presentan, en

---

<sup>239</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

<sup>240</sup> Código civil del Perú de 1984.

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.

forma dinámica, vida humana social, valores y normas jurídicas. La regulación normativa de la persona jurídica pretende expresar esta visión comprensiva del Derecho como experiencia, por lo que, al afrontarse la temática de cada una de las personas jurídicas incorporadas al código civil peruano, se evidencia esta posición. Se evidencia, como ha señalado el Prof. Fernández Sessarego<sup>241</sup>, en cada una de las personas jurídicas, un nivel sociológico-existencial, que está dado por la organización de personas que constituyen su substrato, una dimensión valorativa a través de una finalidad valiosa comunitariamente propuesta y un elemento normativo que permite reducir la pluralidad existencial a un centro ideal unitario para los efectos de la imputación de derechos y deberes y, por ende, la relativa limitación de la responsabilidad patrimonial de sus miembros.

De acuerdo con el planteamiento tridimensionalista peruano de la persona jurídica<sup>242</sup>, elaborada por Carlos Fernández Sessarego, no se puede considerar una persona jurídica cualquiera que prescinda de algunos de los citados elementos para configurarse como tal. La ausencia del dato formal normativo es, precisamente, aquel que caracteriza a aquellas organizaciones de personas que, persiguiendo fines valiosos y actuando como si fueran personas jurídicas, están privadas de esta connotación. Su falta de inscripción en un determinado registro o su no reconocimiento gubernamental, impide que en su caso se produzca la reducción ideal de la pluralidad, que significa la organización de personas, a un centro unitario normativo para la imputación de situaciones jurídicas.

No obstante, la carencia de un centro unitario normativo referencial, el derecho moderno regula normativamente la experiencia sociológico-existencial de estas organizaciones de personas, sin que tal normación conlleve un proceso de abstracción. En todo caso, se advierte que, pasado el fervor por la persona jurídica dentro del derecho actual, se ha vuelto la mirada a las antiguas "*collegias*" del pasado<sup>243</sup>. Es decir, se retoma normativamente una realidad social que

---

<sup>241</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, p. 360.

<sup>242</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza de la persona jurídica*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 493 y ss.

<sup>243</sup> En tal sentido, no faltaba razón al más eminente estudioso italiano de las personas jurídicas antes de la promulgación del código civil de 1942, el profesor de la Universidad de Pisa, Francesco Ferrara, cuando afirmaba que la moderna teoría de las personas jurídicas es producto de la cooperación de tres factores: el *derecho romano*, el *derecho germánico* y el *derecho canónico*, que se mezclaron en la época medieval, y del producto de estos planteamientos surgió la nueva concepción de la persona jurídica: Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, Eugenio Marghieri-Utet, Nápoles, 1915, p. 21.

perdura a través de la historia y que fuera ignorada por el nivel normativo a raíz del explicable entusiasmo que suscitó la aparición de la persona jurídica como “*creación*” de la ciencia jurídica.

Una nota distintiva necesaria de mencionarse entre los códigos civiles peruano e italiano, tratándose de la persona jurídica, es que el peruano<sup>244</sup>, con sentido didáctico, propugna la definición de cada una de las personas jurídicas que regula. En estas definiciones se evidencia la visión tridimensional de la experiencia jurídica de Fernández Sessarego aplicada a las personas jurídicas o colectivas.

En el tratamiento normativo de la persona jurídica del Perú se evidencia el valioso aporte de la doctrina italiana. Son numerosos los autores que han contribuido a sustentar diversos enfoques plasmados en la normatividad atinente a la persona jurídica en el código civil peruano. Entre el pensamiento de los juristas italianos que más han influido en el tratamiento de la persona jurídica en el código civil de Perú se encuentran Francesco Galgano<sup>245</sup>, Cesare Massimo Bianca<sup>246</sup>, Riccardo Orestano<sup>247</sup>, Vittorio Frosini<sup>248</sup>, Pierangelo Catalano<sup>249</sup>.

En cuanto a las diversas personas jurídicas, tratemos, en primer lugar, respecto a la **asociación**.

Comparando el código civil peruano con el *code civile* italiano, el primero brinda un tratamiento más prolijo y detallado, existiendo diversas disposiciones coincidentes entre ambos códigos, aunque también discrepancias. Entre éstas últimas se encuentra aquella que admite, en

---

<sup>244</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.134.

<sup>245</sup> Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche*, art. 11-35, Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, pp. 1-407. También, del mismo autor, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, art. 36-42, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1967, pp. 1-375.

<sup>246</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, 1: La norma giuridica-I soggetti*, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2002, pp.

<sup>247</sup> Orestano, Riccardo, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, G.Giappichelli editore, Turín, 1968, pp. 1-336.

<sup>248</sup> Frosini, Vittorio, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, volumen 15, Cedam, Padua, 1969, pp. 227-242.

<sup>249</sup> Catalano, Pierangelo, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, en: *Rassegna di diritto civile*, 4, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1983, pp. 941-962, también en: Id, *Diritto e Persone I*, primera reimpresión, G.Giappichelli, Turín, 1996, pp. 163-188.

la legislación italiana, una mayor injerencia de la autoridad gubernativa en la actividad de la asociación, como rezago, como anotaba el Prof. Fernández Sessarego<sup>250</sup>, de un antiguo recelo del Estado frente a las sociedades intermedias.

Otro rasgo es el que concierne a la renuncia de los asociados, asunto en el cual el código civil peruano, diferenciándose del italiano, no exige, sino que ella conste por escrito, eliminándose todo plazo u otra condición.

Respecto a la **fundación**, esta es tratada, como nos lo enseñaba el Maestro Fernández Sessarego<sup>251</sup>, sistemáticamente mejor en el código civil del Perú, aprovechando el aporte de la experiencia, de la doctrina italiana y de la legislación comparada.

El ponente del Libro Primero del código civil peruano<sup>252</sup> expuso que, si bien realizo diversas propuestas, inspiradas en el código civil de Italia, respecto al tratamiento de la fundación, estas no fueron recogidas en el texto definitivo del código del Perú de 1984.

Cabe precisar que el tratamiento jurídico en el código civil peruano de la fundación se basa en la teoría tridimensional del Derecho creada por el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego<sup>253</sup>, ponente del libro primero de derecho de las personas, desterrando la concepción tradicional que consideraba a la fundación como un patrimonio afectado a un fin sino la reputa como una organización de personas que administra tal patrimonio, según la voluntad del fundador, para aplicarlo a una finalidad valiosa de interés social. El artículo 99<sup>254</sup> del código civil del Perú recoge la concepción tridimensional de la experiencia jurídica.

El codificador peruano, a fin de sustentar el tratamiento jurídico de la persona jurídica o colectiva y de la fundación especialmente, se apoyó en los planteamientos y aportes de la doctrina

---

<sup>250</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.135.

<sup>251</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.136.

<sup>252</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.136.

<sup>253</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, p. 436 y ss.

<sup>254</sup> Código civil del Perú de 1984.

Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

jurídica italiana, particularmente de los juristas Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano, Pietro Rescigno, Pierangelo Catalano, Riccardo Orestano, entre otros autores.

Asimismo, la doctrina de Italia fue también de gran importancia para sustentar la posición del ponente del Libro Primero del Código Civil Peruano, Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>255</sup>, en el sentido de que la finalidad de la fundación debía tener una connotación social. Fueron decisivas para el codificador peruano las concepciones de Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano y Pietro Rescigno, que coadyuvaron a sostener que, aun en el supuesto caso de que el ordenamiento jurídico admitiese las fundaciones familiares, era siempre necesaria la presencia de un interés social. Como apuntaba bien el recordado profesor de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano<sup>256</sup>, la fundación en el derecho italiano, al igual que la asociación, se coloca dentro de las “*formaciones sociales*”, establecidas en el artículo 2 de la constitución italiana, es decir, organizaciones colectivas a través de las cuales los sujetos persiguen finalidades supraindividuales.

Una de las más evidentes omisiones del código civil del Perú es aquella que se relaciona con la revocación del acto constitutivo de la fundación. El Prof. Fernández Sessarego propugnaba<sup>257</sup>, como lo planteo en la comisión redactora del código civil peruano, que como lo indica el artículo 15<sup>258</sup> del código civil italiano, la revocación no cabe en el caso de que el fundador haya decidido iniciar las actividades propias de la fundación aun antes de su inscripción en el registro respectivo.

Como señalaba el Prof. Fernández Sessarego<sup>259</sup>, la Comisión Revisora del código civil del Perú no admitió algunas propuestas que, inspiradas en el código civil italiano, propendían a

---

<sup>255</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.137.

<sup>256</sup> Galgano, Francesco, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Cedam, Padua, 1987, p.353.

<sup>257</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.137.

<sup>258</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 15.- *Revocación del acto constitutivo de la fundación*: El acto de fundación puede ser revocado por el fundador mientras no se haya producido el reconocimiento, o mientras el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él.

La facultad de revocación no se transmite a los herederos.

<sup>259</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p.137.

favorecer la continuidad operativa de las fundaciones o su consolidación, en favor del interés social que ellas conllevan, de conformidad con lo dispuesto por la ley y definido por el fundador en el acto constitutivo, así como la posibilidad de unificar o fusionar las fundaciones y la transformar sus finalidades en precisos casos, inspirado en lo prescrito en los artículos 26<sup>260</sup> y 28<sup>261</sup> del *codice civile*.

Sobre el **comité**, el código civil del Perú establece su regulación normativa como persona jurídica o colectiva mediante su inscripción en el registro respectivo<sup>262</sup>.

En efecto, las normas que lo regulan se aproximan en algunos casos a aquellas que rigen la asociación y, en otros, a las que norman la fundación. El código peruano tomó fundamentalmente el aporte de Francesco Galgano, especialmente los contenidos en su recordada obra *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*<sup>263</sup>, donde señala que el comité, en ciertos aspectos, es análogo a la asociación y, en otros, es similar a la fundación. El pensamiento jurídico de Galgano, junto al de Cesare Massimo Bianca<sup>264</sup>, fueron los fundamentos jurídicos doctrinarios italianos para el tratamiento del comité en el código civil del Perú.

---

<sup>260</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 26.- *Coordinación de actividades y unificación de administración*: La autoridad gubernativa puede disponer la coordinación de las actividades de varias fundaciones o bien la unificación de su administración, respetando, en cuanto sea posible, la voluntad del fundador.

<sup>261</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 28.-*Transformación de las fundaciones*: Cuando la finalidad se ha agotado o se ha hecho imposible o es de escasa utilidad, o el patrimonio ha llegado a ser insuficiente, la autoridad gubernativa, en lugar de declarar extinguida la fundación, puede proveer a su transformación, apartándose lo menos posible de la voluntad del fundador.

La transformación no se admite cuando los hechos que darían lugar a ella son considerados en el acto de fundación como causa de extinción de la persona jurídica y de devolución de los bienes a terceras personas.

Las disposiciones del primer apartado de este artículo y del artículo 26 no se aplican a las fundaciones destinadas a beneficio solamente de una o varias familias determinadas.

<sup>262</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, p.138.

<sup>263</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, Art. 36-42, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1967, pp. 1-375.

<sup>264</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, 1: La norma giuridica-I soggetti*, p. 401 y ss.

Cabe precisar que el *code civile* de Italia no reconoce al comité la calidad de persona jurídica y lo regula solamente en cuanto organización de personas no reconocidas. Como observaba Fernández Sessarego<sup>265</sup>, no resulta coherente la disposición contenida en el artículo 41<sup>266</sup> del código civil italiano, en cuanto abre teóricamente la posibilidad de que el comité obtenga la categoría de persona jurídica, sin que simultáneamente no lo regule en tanto tal. Esta regla ha suscitado numerosas perplejidades y críticas. Siguiendo el pensamiento de Francesco Galgano, suponen que la obtención de tal anunciada personalidad jurídica convertiría al comité, de obtenerla, en fundación. El codificador del libro de derecho de las personas del código civil del Perú<sup>267</sup> no compartió este planteamiento, debido a la diferente naturaleza, estructura y finalidad de ambas personas jurídicas o colectivas.

## **8.- La tutela jurídica de la organización de personas no inscritas**

Siguiendo el camino del código civil italiano, el código civil peruano regula las organizaciones de personas que, actuando como si fueran personas jurídicas, carecen de esta categoría formal por no haberse constituido como tales mediante su correspondiente inscripción en el respectivo registro<sup>268</sup>. En efecto, no se produce en su caso la reducción formal a la unidad de una plural organización de personas para el efecto de actuar como centro referencial normativo de imputación de derechos y deberes. En términos generales, las normas que regulan la asociación y el comité son similares a las disposiciones contenidas en el código civil italiano, de que encuentran inspiración.

---

<sup>265</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 139.

<sup>266</sup> Código civil italiano de 1942.

Artículo 41.- *Responsabilidad de los componentes. Representación en juicio*: Cuando el comité no haya obtenido la personalidad jurídica, sus componentes responden personal y solidariamente de las obligaciones asumidas. Los suscritores están obligados solamente a efectuar las obligaciones prometidas.

El comité puede estar en juicio en la persona del presidente.

<sup>267</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 138.

<sup>268</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 139.

Fue Francesco Messineo<sup>269</sup>, dentro de la doctrina italiana, uno de los juristas que se ocupó sobre la materia, designándolo como “*entes no personificados*”. Para el derecho civil peruano, como lo ha expresado el Prof. Fernández Sessarego<sup>270</sup>, fueron importantes, para la regulación jurídica de este tipo de sujeto de derecho, los aportes de Cesare Massimo Bianca y Francesco Galgano.

Incorpora el código civil del Perú a las fundaciones entre las organizaciones de personas no inscritas. Como apunta el ponente del Libro Primero del libro de derecho de las personas del código civil del Perú<sup>271</sup>, no se encontró antecedente legal, excepto la elaboración teórica sobre las fundaciones fiduciarias y lo tratado por el derecho canónico. En esto, la postura de los juristas italianos Domenico Rubino<sup>272</sup> y Francesco Galgano<sup>273</sup> sobre la posibilidad de existencia de una fundación no reconocida influyó en el código civil peruano. Este sector de la doctrina italiana fundamentó la creación de la figura dentro del código civil del Perú<sup>274</sup>.

Evidentemente, son muy diversos las materias en que el código civil peruano se aproxima al *code civile* italiano, pero son mayores los casos en que la creatividad normativa del primero se sustenta en la doctrina y la jurisprudencia italianas. No obstante, no son escasas las situaciones en que ambos textos difieren y se distancian, como se ha hecho notar en este capítulo.

---

<sup>269</sup> Messineo, Francesco, *Per l'individuazione del soggetto collettivo non personificato*, en: Archivio Giuridico, I, 1952, p. 3 y ss. Citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 139.

<sup>270</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 139.

<sup>271</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 139.

<sup>272</sup> Rubino, Domenico, *Las asociaciones no reconocidas*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, p.108 y ss.

<sup>273</sup> Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati*, art. 36-42, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1967, p. 108 y ss.

<sup>274</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 140.

## Capítulo Tercero

### La categoría del sujeto de derecho como aporte del código civil peruano de 1984 y la influencia de la doctrina italiana

#### 1.- Sujeto de derecho y persona

Gran aporte del Libro primero dedicado al derecho de las personas en el código civil peruano a la codificación comparada, que se debe al profesor Carlos Fernández Sessarego, es el de haber puesto el acento en la noción de “sujeto de derecho” distinguiéndola del concepto de “persona”. Se trata de una diferencia de carácter eminentemente técnico que facilita incorporar y regular en el Código Civil una nueva categorización del “sujeto de derecho”<sup>275</sup>.

Este distingo técnico permitió introducir en el texto del mencionado Código, con la categoría de sujeto de derecho, y aparte de las tradicionales personas naturales y jurídicas (persona colectiva), al concebido (*nasciturus*) y a la organización de personas no inscrita. Debe tenerse en cuenta que uno como el otro sujetos de derecho actúan en la realidad, directamente o a través de sus representantes. Para la codificación civil comparada el concebido y la organización de personas “no inscrita” no eran considerados técnicamente como sujetos de derecho, excluidos de la subjetividad jurídica.

Como se ha indicado en páginas anteriores, el Código Civil peruano de 1984 descartó en su redacción la expresión “*personalidad*” por cuanto no es descriptiva de ningún objeto, debido a que en la realidad social existen otros términos más adecuados – persona, hombre y ser humano – para referirse a la misma entidad existencial.

#### 2.- La concepción del sujeto de derecho y el influjo de la doctrina italiana en la construcción peruana

La doctrina jurídica italiana ha sido fundamental para la elaboración de la teoría peruana sobre el sujeto de derecho. Entre los juristas de Italia que influyeron se encuentran Francisco Messineo (si bien su posición fue superada en el código civil peruano), Pietro Rescigno, Francesco Galgano y Cesare Massimo Bianca.

---

<sup>275</sup> Fernández Sessarego, *Sujeto del derecho y persona natural en los códigos civiles de Argentina y Perú*, en: *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*, p. 27 y ss.

## 2.1.- El planteamiento de Francesco Messineo

Como ha señalado el profesor Fernández Sessarego<sup>276</sup>, en los años cincuenta y sesenta en el Perú no se había llegado a la distinción entre “sujeto de derecho” y “persona” debido a que se trata de una tendencia jurídica que recién empezaba a tener presencia en ciertos sectores de la doctrina. Así Francesco Messineo (Reggio Calabria, 2 de junio de 1886 -Milán, 1 de marzo de 1974), profesor de la Universidad de Milán, tan consultado por los juristas de América del Sur en los años cincuenta y sesenta del siglo XX (especialmente por la traducción al idioma español de su *Manual de Derecho Civil y Comercial* en ocho tomos, por obra de Santiago Sentís Melendo en la décadas de los cincuenta, publicado por Ediciones Jurídicas Europa América-EJEA de Buenos Aires), es muestra de lo afirmado por Fernández Sessarego.

El maestro de la Universidad milanesa planteaba que uno de los términos (lógicos) de la relación jurídica y del derecho subjetivo es el sujeto<sup>277</sup>. Identificaba “sujeto” con la “persona”, considerándolos equivalentes. Los profesores Andrea Torrente (Casoria, 25 de abril de 1908 – Roma, 25 de diciembre de 1965) y Piero Schlesinger (19 de mayo de 1930 - 14 de marzo de 2020), criticando esta postura, expresaron que los conceptos de “sujeto” y “persona” no coinciden. Las “personas” – sean “físicas” como “jurídicas” – son “sujetos”, pero no se agotan en esta última categoría, que comprende también a los entes no dotados de personalidad y los otros centros autónomos de imputación<sup>278</sup>.

Expresaba Messineo también que el equivalente de sujeto es la persona o sea el ser humano, el hombre (o persona humana, o persona física); pero también son considerados (por asimilación) las personas jurídicas, algunos agregados de personas y algunos conjuntos de bienes, que están destinados a determinados fines (finalidades)<sup>279</sup>. Como criticaba, con razón, Fernández Sessarego<sup>280</sup> se puede advertir la confusión creada al identificar “sujeto de derecho” con otros tantos entes, considerándolo uno más entre ellos.

---

<sup>276</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 215.

<sup>277</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo II: *Doctrinas Generales*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1954, p. 88.

<sup>278</sup> Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p. 87.

<sup>279</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo II: *Doctrinas Generales*, p. 89.

<sup>280</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 215.

Como se puede evidenciar, y nuevamente lo resaltaba el Prof. Fernández Sessarego<sup>281</sup>, Messineo postulaba como equivalentes el concepto de “sujeto de derecho” con “algunos agregados de personas”. Es imprecisa, contrariaba Fernández Sessarego<sup>282</sup> el planteamiento messiniano, esta última designación en la medida que es abstruso comprender cuales son los entes “agregados de personas”. Sin embargo, posiblemente el jurista milanés se refería a la “organización de personas no inscrita”, que los denominaba como “entes no personificados”.

Para el jurista de Milán, se debe utilizar extendidamente el concepto de “sujeto” para designar con él a “algunos conjuntos de bienes”. Consideraba, entre otros, al patrimonio de la fundación o la herencia yacente, para citar dos casos que algunos autores les otorgan la categoría de sujetos de derecho. Fernández Sessarego criticaba esta posición<sup>283</sup>, en cuanto el Derecho es solamente relación entre seres humanos, individual o colectivamente. Afirmaba el jurista peruano que los bienes son tan solo el contenido u objeto de aquella relación jurídica. Solamente seres humanos, individual o colectivamente considerados son sujetos de derecho. Cabe resaltar siempre que el Derecho es una exigencia existencial de los seres humanos en cuanto que deben convivir en sociedad<sup>284</sup>.

## 2.2.- La contribución de Pietro Rescigno

Pietro Rescigno (Salerno, 15 de enero de 1928), cuyos aportes fueron tomados en el desarrollo peruano sobre el sujeto de derecho, sostiene que el discurso sobre los términos “*personalidad*”, “*capacidad jurídica*”, “*subjetividad*”, que los consideran equivalentes, es puramente teórico. Como también afirma el profesor Paolo Gallo (Turín, 20 de julio de 1962) de la Universidad de Turín, notable estudioso del derecho civil en Italia, la noción de sujeto de derecho se encuentra en la base de toda la construcción jurídica, la cual no sería realizable si faltase el ente al cual imputar las diversas situaciones jurídicas<sup>285</sup>. También, entre la doctrina clásica italiana, Alberto Trabucchi (Verona, 26 de julio de 1907 – Padua, 18 de abril 1998) consideraba que la noción de sujeto de derecho entraba el centro de referencia y de imputación de las diversas situaciones jurídicas. Enfáticamente el profesor de la Universidad de Padua el

---

<sup>281</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 215.

<sup>282</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 215.

<sup>283</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 215.

<sup>284</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, p. 216.

<sup>285</sup> Gallo, Paolo, voz *Soggetto di diritto*, en: *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, Sesto aggiornamento, dirigido por Rodolfo Sacco, Utet Giuridica, Turín, 2011, p. 838.

sujeto del derecho es, ante todo, la persona humana, en cuanto destinataria potencialmente y último del sistema jurídico<sup>286</sup>.

Por su parte Rescigno manifestaba que “para evitar sutiles distinciones que se resuelven en gran medida en una disputa sobre las palabras, se ha preferido la expresión “sujetos de la actividad jurídica”, aplicable también a los entes no reconocidos”<sup>287</sup>.

Para profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”,<sup>288</sup> la modernidad del aporte técnico del código civil peruano de 1984 a la legislación comparada es el haber distinguido la genérica expresión de “*sujeto de derecho*” del específico concepto de “*persona*”, así como también el haber incluido en el texto del código peruano una nueva categorización del “sujeto de derecho”. Al respecto, señala el jurista italiano que, en el plano técnico, comenzando por la terminología, el código peruano se adecua a la tendencia de preferir la noción de “sujeto de derecho” a las antiguas formulaciones como personalidad y capacidad jurídica.

### 2.3.- El aporte de Cesare Massimo Bianca

Entre los juristas que han superado la perspectiva tradicional defendida por Messineo, adhiriéndose a la concepción por la cual se distinguen técnicamente los conceptos de “sujeto de derecho” y “persona”, se encuentra el profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, Cesare Massimo Bianca (Catania, 19 de abril de 1932-9 de septiembre de 2020), quien en su imponente tratado *Diritto Civile* nos presenta una nueva visión sobre el tema. Es así que, después de definir al “sujeto de derecho” como el titular de posiciones jurídicas, sostiene que “*sujeto de derecho*” es fundamentalmente la persona humana, en función última de la cual se constituye el ordenamiento jurídico. Además, plantea Bianca<sup>289</sup>, que pueden también ser sujetos de derecho los entes jurídicos que participan en la vida de relación como titulares de derechos y deberes (asociaciones, fundaciones, entre otros).

---

<sup>286</sup> Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, cuadragésima octava edición, al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Cedam-Wolters Kluwer, Vicenza, 2017, p. 67.

<sup>287</sup> Rescigno, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, décima primera edición, segunda reimpresión con apéndice de actualización, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1996, p. 119-120.

<sup>288</sup> Rescigno, Pietro, *Comentarios al Libro de Derecho de las Personas en el nuevo Código Civil peruano de 1984*, en el volumen colectivo *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 240.

<sup>289</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p. 135.

Para Bianca<sup>290</sup> la noción de sujeto prescinde de la naturaleza del titular al cual la posición es imputada. Por ende, esta se limita al dato formal de la titularidad de las posiciones jurídicas.

La titularidad, de acuerdo con este jurista, presupone la capacidad jurídica, es decir la actitud a la titularidad de posiciones jurídicas. La capacidad jurídica es general, señala el profesor romano<sup>291</sup>, cuando expresa la actitud de máxima del sujeto a ser titular de todas las posiciones jurídicas vinculadas a sus intereses. En esa misma posición se encuentra la profesora de la Universidad de Turín, Shaira Thobani, que señala que el primer vínculo entre persona y ordenamiento jurídico es el instaurado mediante la capacidad jurídica<sup>292</sup>. Indica la jurista turinesa que la persona, en cuanto dotada de capacidad jurídica, es idónea para ser titular de derechos y de deberes, convirtiéndose así en “persona” a los ojos del Derecho<sup>293</sup>.

Para Bianca<sup>294</sup> la capacidad jurídica general compete a las personas físicas o naturales y a las personas jurídicas, así como a los entes que no son personas jurídicas, los que pueden ser titulares de todas las posiciones jurídicas concernientes a sus intereses y tiene capacidad jurídica general, como es el caso de las asociaciones no reconocidas.

De acuerdo con este jurista<sup>295</sup>, la subjetividad presupone la capacidad jurídica, pero es conceptualmente diversa. La *subjetividad* implica la *cualidad del sujeto*, vale decir de centro imputaciones jurídicas, en tanto que la capacidad concerniente la actitud de recibir imputaciones jurídicas.

En concreto, según el planteamiento de Bianca<sup>296</sup>, la noción de sujeto de derecho, considerado titular de posiciones jurídicas no coincide con la de persona física ni presupone una particular naturaleza del sujeto.

---

<sup>290</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p . 135.

<sup>291</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p . 136.

<sup>292</sup> Thobani, Shaira, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, Ledizioni, Milán, 2018, p. 10.

<sup>293</sup> Thobani, Shaira, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, p. 10.

<sup>294</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p . 136.

<sup>295</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p . 136.

<sup>296</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile I: La norma giuridica – I soggetti*, p . 135.

## 2.4.- La influencia de Francesco Galgano

Francesco Galgano (Catania, 31 de diciembre de 1932 – Bolonia, 6 de febrero de 2012)<sup>297</sup>, fue de los más grandes juristas italianos de todos los tiempos. Eximio comercialista y civilista, cuyo pensamiento influyó en la construcción del tratamiento de la persona jurídica en el libro de derecho de las personas en el código civil peruano, en su volumen *Diritto Privato*<sup>298</sup>, señalaba que para el Derecho el hombre es una persona o un sujeto del derecho. La primera, de acuerdo con Galgano, es la expresión utilizada por el código civil italiano, que se encuentra en el libro primero, dedicado a las personas y a la familia; la segunda es de uso doctrinal. Ambas fórmulas señalan el atributo que al hombre es reconocido en el mundo del Derecho, centro de imputación o punto de referencia de derechos y deberes.

En la civilización occidental, señala Galgano<sup>299</sup>, todo hombre es, en cuanto tal, una persona: este asume este atributo desde el momento del nacimiento hasta la muerte del sujeto. Pero también, como advertía el profesor emérito de la Universidad de Bolonia, esto no siempre fue así. En las sociedades esclavistas (de la antigüedad, como en la sociedad de los romanos, y de la época moderna, como en el norte del continente americano hasta el siglo XIX), el atributo de persona concernía solo a los hombres libres, no a los esclavos, los cuales eran, jurídicamente, cosas y no personas, objeto de derechos y no sujetos de derechos. Igualmente, en los tiempos más modernos, ha desaparecido la figura de la “*muerte civil*”, que hasta el siglo XIX consistía la pérdida de la calidad de sujeto de derecho de la persona viviente, aplicada como pena accesoria a quien hubiera cometido graves delitos.

## 3.- Sujeto de derecho en el código civil peruano de 1984

El ponente del Libro primero dedicado al derecho de las personas del código civil del Perú, profesor Carlos Fernández Sessarego<sup>300</sup>, expresó que cuando a partir de marzo de 1965 tuvo que redactar el proyecto correspondiente al Libro del derecho de las Personas se encontró que, más allá de los tradicionales “sujetos” de derecho considerados por la doctrina y la legislación comparada, como eran la persona natural y la persona jurídica, aparecían en la realidad de la vida humana, actuando de hecho como sujetos de derecho no reconocidos por el derecho positivo,

---

<sup>297</sup> Para una valoración de la obra de Galgano, especialmente respecto a su aporte en el desarrollo del daño a la persona, permítaseme remitir a Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019, p. 38.

<sup>298</sup> Galgano, Francesco, *Diritto privato*, décimo séptima edición, Wolters Kluwer-Cedam, Vicenza, 2017, p. 77.

<sup>299</sup> Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, p. 77.

<sup>300</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 217.

tanto al concebido como la organización de personas no inscrita, identificada esta última por la doctrina como entes “de hecho”, “irregulares” o, recogiendo el aporte del profesor Francesco Messineo, entes “no personificados”<sup>301</sup>. En efecto, son ambos sujetos de derecho que se constituyen como centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, de acuerdo con el planteamiento del gran jurista peruano.

El ponente del Libro primero de derecho de las personas peruano procedió a regular a los dos nuevos sujetos de derecho, el concebido y la organización de personas no escritas. De esta forma, el legislador tuvo que efectuar un previo distingo, a nivel terminológico-conceptual, entre la noción de “*sujeto de derecho*” y el de “*persona*”, con la finalidad de reservar esta última expresión para seguir designando a las personas “*naturales*” o “*físicas*”, y a las mal denominadas como “*jurídicas*”, es decir la organización de seres humanos que cumple con inscribirse en registro público para originar derechos y deberes que deberían recaer en cada uno de sus miembros a una expresión lingüística o nombre a ella atribuido por quienes la constituyen.

La doctrina civilista peruana ha desarrollado el tratamiento de distinguir el concepto de “sujeto de derecho”, en cuanto género, y el de “persona”, en tanto especie<sup>302</sup>, que tiene como correlato a un solo ente como es el “ser humano” en diversos momentos de su existir. “Sujeto de derecho” viene a ser la designación por el Derecho, del ser humano desde su concepción hasta su muerte, es decir, durante toda su vida, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo, social, comunitario. Tenía, por ende, mucha razón Alberto Trabucchi<sup>303</sup> cuando expresaba que la relación entre la persona y la calidad de sujeto de derecho representa una conquista primordial y de alcance histórico en la moderna civilización jurídica.

De este modo, la expresión técnica-jurídica de “sujeto de derecho” designa siempre al ser humano, individual o colectivamente<sup>304</sup>. Como ha expresado un autor italiano importante para la teorización del concepto de persona, el romanista italiano Riccardo Orestano (Palermo, 26 de mayo de 1909 – Roma, 11 de noviembre de 1988)<sup>305</sup>, el sujeto de derecho debía considerarse una

---

<sup>301</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II: *Doctrinas Generales*, p. 184.

<sup>302</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 217.

<sup>303</sup> Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 67.

<sup>304</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 217.

<sup>305</sup> Orestano, Riccardo, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, G. Giappichelli editore, Turín, 1968, p. 18.

cualidad propia del hombre, del ser humano, en cuanto tal, y los derechos subjetivos constituyen manifestaciones de su poder de voluntad.

Otro jurista italiano relevante para el derecho de las personas en Perú, Guido Alpa<sup>306</sup> (Ovada, 26 de noviembre de 1947), ha señalado que el derecho privado se ocupa de los individuos comprendidos como sujetos de derecho, como titulares de derechos y deberes. Se sigue un orden que se centra en el ser humano, la persona comprendida singularmente o en formaciones sociales, en el grupo familiar, en las asociaciones (culturales, políticas, sindicatos, religiosas, deportivas, entre otros), en la actividad económica (sociedad y, en general, personas jurídicas). Para Vincenzo Franceschelli (Milán, 11 de octubre de 1947), profesor de la Universidad de Milán Bicocca, el sujeto de derecho es el titular de posiciones jurídicas<sup>307</sup>. La utilización del término sujeto alude a centros de imputación de situaciones subjetivas e identifica los destinatarios de los efectos jurídicos<sup>308</sup>.

Si bien es cierto que, en el código civil peruano de 1984, como anotaba Fernández Sessarego<sup>309</sup>, no se encuentra alguna norma que señale que técnicamente existen cuatro categorías de “sujeto de derecho”, ello se pone en evidencia en el articulado del código en tanto que cada una de aquellas categorías está regulada en su texto en forma autónoma. No estimó Fernández Sessarego al redactar el Libro primero del código civil del Perú indispensable la elaboración de una específica norma, desde que él es materia de la doctrina en la que se inspira el codificador peruano. Así, en el articulado del Código existe un tratamiento especial para el concebido, para las personas naturales, para las personas jurídicas y para la organización de personas no inscrita.

La sistematización o categorización del “sujeto de derecho” y la distinción a nivel del derecho positivo entre “sujeto de derecho” y “persona”, ha originado el respaldo de diversos sectores de la doctrina jurídica peruana. Como bien señala el Prof. Enrique Varsi Rospigliosi<sup>310</sup>, que al sujeto de derecho es el ser al que le corresponde una protección legal y que asume un compromiso con la sociedad. Así también Juan Espinoza Espinoza ha señalado que la sistematización de la categoría jurídica del “sujeto de derecho” es la contribución más importante

---

<sup>306</sup> Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sexta edición, Cedam, Padua, 2009, p. 171.

<sup>307</sup> Franceschelli, Vincenzo, *Diritto privato*, séptima edición, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2018, p.48.

<sup>308</sup> Nívarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, quinta edición, G.Giappichelli Editore, Turín, 2019, p. 121.

<sup>309</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984*, pág. 218.

<sup>310</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 89.

que hace el codificador peruano a la legislación contemporánea<sup>311</sup>. La solución a la que arribó el codificador peruano le permitió incorporar al Código la regulación y protección de dos nuevas categorías de “sujeto de derecho”, como son la del “concebido” y la de la “organización de personas no inscrita”. Por su parte, el Prof. Fernández Sessarego<sup>312</sup>, su gran artífice, expresó que la clasificación del sujeto de derecho realizada en Perú ha superado la tradicional clasificación del derecho civil comparado.

Cabe señalar que el Derecho tiene en la vida social-comunitaria su elemento primario, a partir del cual se construye su aparato conceptual, luego de una valoración de las conductas humanas intersubjetivas a ser reguladas. También de esta manera se hace palpable la aplicación de la concepción tridimensional del Derecho formulada por el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego.

---

<sup>311</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las Personas. Concebido y personas naturales*, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, sexta edición, Lima, 2012, p. 2.

<sup>312</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del código civil peruano de 1984*, pág. 101.

## Capítulo Cuarto

### La persona natural en el código civil de 1984 y la impronta de la cultura jurídica italiana

#### 1.- El nacimiento como inicio de la personal natural

Como nos señalaba Carlos Fernández Sessarego<sup>313</sup>, el primer apartado del artículo 1° del derogado Código Civil de 1936 se establecía que:

*“Artículo 1. El nacimiento determina la personalidad”.*

El derogado código desconocía la calidad de “*sujeto de derecho*” del concebido al precisar que la “*personalidad*” se determina por el nacimiento y no por la concepción tal como lo precisa el Código Civil de 1984. En este caso debemos entender que el equívoco y multívoco concepto de “personalidad”, utilizado por la citada norma, si bien es sinónimo de “persona”, en otras ocasiones se emplea como equivalente de la noción “capacidad”. Para evitar estas situaciones Carlos Fernández Sessarego, al elaborar el Libro Primero del código civil, decidió no usar más el término “personalidad” dentro del articulado del Código. Para referirse a este concepto, según las situaciones que se presenten, existen las nociones de “persona” y de “capacidad”, según fuera el caso.

En el asistemático primer párrafo del artículo 1° del Código de 1984, siguiendo la tradición, se enuncia que la “persona humana es “sujeto de derecho” desde su nacimiento”.

Como se advierte de la lectura del texto del primer párrafo se ha mantenido, siguiendo la tradición, la expresión “persona” para referirse, en este caso, a una de las cuatro categorías de “sujeto de derecho” cuyas actividades están reguladas por dicho cuerpo normativo. A la persona designada como “natural” o “física”. Esta persona corresponde al ser humano a partir de su nacimiento. Así lo reconoce y a ella se refiere el citado primer párrafo del artículo 1° del Código vigente.

Los estudiosos del código civil peruano de 1984, ha resaltado el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>314</sup>, han señalado que en el artículo 1 de este cuerpo normativo que la vida humana inicia con la concepción, constituyéndose en el primer cuerpo legal que, a nivel de la legislación comparada, otorga calidad de sujeto de derecho al concebido.

---

<sup>313</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 263,

<sup>314</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 237.

Con la formulación del artículo 1 del código civil del Perú abandona antiguas fórmulas carentes de sintonía con la realidad y la verdad científica, como anotaba bien Fernández Sessarego<sup>315</sup>. El código civil peruano se aparta tajantemente de la teoría de la ficción, por ser caduca y no reflejar la vida, así como el planteamiento que considera al concebido como integrando el ser de la madre (*portio mulieris, vel viscerum*), negándole autonomía existencial. Ambas posiciones son contrarias a la realidad, científicamente puesta de manifiesto tratándose del ser humano “concebido”.

El reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho del concebido entraba confirmar que la vida humana es un proceso ininterrumpido proceso que se despliega en el tiempo. Por ser sujeto de derecho el concebido tiene capacidad jurídica genérica, natural, inherente por ser *ser humano*, por lo que goza sin excepción de todos sus derechos.

El profesor Enrique Varsi Rospigliosi<sup>316</sup>, uno de los más notables estudiosos peruanos del derecho de las personas, ha expresado, respecto al tratamiento del código civil del Perú sobre el otorgamiento de la calidad de sujeto de derecho al concebido, que se lo convierte en un centro de imputación de derechos y deberes, un centro de referencia de relaciones jurídicas, y es que no solo se le merece por su calidad y esencia humana, sino que es connatural en el que el Derecho debe presentar atención y proclama que el concebido es un ser humano digno de la más vasta tutela jurídica.

Hay que reconocer que el concebido es “sujeto de derecho” supone afirmar que la vida humana, como ininterrumpido proceso que se despliega en el tiempo, se inicia con la concepción o fecundación y se extiende hasta el nacimiento o hasta su muerte, ya sea que ella ocurra durante el proceso de su gestación o en el acto mismo del nacimiento. De esto se deriva que el concebido tiene capacidad jurídica genérica, natural, inherente a su calidad de persona por nacer. Es así como puede gozar, sin excepción, de todos sus derechos como ser humano, a pesar de que no pueda ejercerlos por sí mismo.

Otro de los estudiosos peruanos, el profesor Víctor Guevara Pezo<sup>317</sup>, señalan que la formulación del artículo 1 del código civil peruano constituye un precepto normativo que es un paso trascendental en la historia jurídica del reconocimiento de la dignidad del ser humano, contribuyendo a su dación los avances de la medicina y de la genética, en la década de los ochenta del siglo XX, posibilitaran identificar al concebido como ser de propiedad entidad, superando el

---

<sup>315</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 237.

<sup>316</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, p.157.

<sup>317</sup> Guevara Pezo, Víctor, *Persona naturales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 92.

antiguo concepto del “*portio mulieris vel viscera*”. El concebido no es una esperanza de vida<sup>318</sup>. Es vida humana irrepetiblemente individualizada a partir de la concepción.

También el goce de los derechos patrimoniales que goce plenamente el concebido, en cuanto “sujeto de derecho”, no se difiere o suspende hasta el momento en que deja de ser tal, o sea, en el del nacimiento. Es precisamente en este instante, en el del nacimiento, que el concebido deja de ser un *nasciturus* para convertirse en una “persona natural”. Se encuentra frente a dos diversas fases del proceso de la vida del ser humano. De ello, resulta evidente que la capacidad de goce del concebido es actual y no queda en suspenso hasta que éste nazca como lo propugnaba la teoría de la ficción que reina a nivel de la legislación comparada.

Se puede concluir que el concebido, no obstante, de su calidad de ser humano o “persona por nacer”, ni es todavía técnicamente una “persona natural” ni tampoco es una sencilla esperanza o expectativa de vida. Es un ser humano viviente, con todos los atributos que le son inherentes, así como con todos los derechos naturales que corresponden a su peculiar calidad ontológica. Es, como afirmaba Fernández Sessarego, un “sujeto de derecho” en cuanto es un ser humano.

Entre los dispositivos normativos peruanos, el Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, promulgada el 21 de julio de 2000, dispone que:

**Artículo I.- Definición.-**

*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.*

***El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario (negrita nuestra).***

Este código designa al concebido con la expresión “*niño*”. Este concepto es utilizado por el Código para referirse a todo ser humano desde su concepción y hasta los 12 años. Con esta designación, expresa Fernández Sessarego<sup>319</sup>, se afirma que la vida humana es un proceso continuo, ininterrumpido, desde la etapa de la fecundación.

---

<sup>318</sup> Guevara Pezo, Víctor, *Persona naturales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 93.

<sup>319</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 238.

Sobre el reconocimiento del embarazo y parto, como lo hace el Prof. Fernández Sessarego<sup>320</sup>, que el artículo 2 del derogado código civil de 1936 disponía que las personas que tuvieran un derecho que podría desaparecer o disminuir por el nacimiento de un póstumo podían designar a una persona para que se cerciorase de la realidad del hecho del nacimiento. Se prescribía que, si la persona designada por el interesado era rechazada por la mujer, correspondía al juez hacer el nombramiento correspondiente, el que debería recaer en un facultativo si existiere en el lugar del nacimiento.

El artículo 2º del Código Civil de 1936 tenía el siguiente texto:

*“Artículo 2º.- Los que tienen un derecho susceptible de desaparecer o de disminuirse por el nacimiento de un póstumo pueden designar persona que se cerciore de la realidad del nacimiento. Igual derecho corresponde al marido en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio.*

*Si la persona designada es rechazada el juez hará el nombramiento, el cual debe recaer en persona facultativa si la hubiere”.*

El artículo 2 del código civil peruano, cuyo segundo párrafo fue agregado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, publicada el 22 abril 1993, dispone lo siguiente:

*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.*

*La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.*

Este articulado establece la obligación amplia en él contenida de efectuar la citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Como indicaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>321</sup>, es de lamentar que no se precisara en este artículo que en el derecho a la verificación del nacimiento o del parto se precise que se debe citar específicamente al marido separado, divorciado o cuyo matrimonio se declaró nulo, además de cualquier otro interesado, por lo que,

---

<sup>320</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, p. 248.

<sup>321</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas*, decimotercera edición actualizada y ampliada, p. 124.

como señalaba el maestro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos<sup>322</sup>, era necesaria la referida precisión.

El segundo párrafo del artículo 2 del código civil peruano prescribe aspecto de carácter procesal. Se dispone que el juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.

La vía procesal a utilizar se permite que la mujer o el juez puedan solicitar a las personas que, a su consideración, puedan tener derechos que puedan resultar afectados. Se trata de una apertura necesaria en cuanto a la protección del derecho de terceros que pudieran ser lesionados o dañados. Se amplía también la intervención del juez al consentirle ordenar los medios probatorios que estime pertinentes, con el objetivo de agotar las posibilidades de arribar a la verdad, de encontrar una justa solución de presentarse inconvenientes o problemas en el curso del embarazo o el parte de una mujer determinada.

## **2.- El planteamiento sobre la capacidad jurídica en el código civil peruano**

Es necesario precisar que la concepción moderna sobre la capacidad jurídica en el Perú se sostiene en una nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

**La nueva concepción del ser humano**, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal<sup>323</sup>, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”<sup>324</sup>.

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, participando

---

<sup>322</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas*, p. 124.

<sup>323</sup> Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que ha desarrollado en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus recientes trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 507.

<sup>324</sup> Entonces, “*la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto*”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3° ed., Ara editores, Lima, 2006, pág. 112.

del bien común<sup>325</sup>. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona<sup>326</sup>.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos, así como de toda la institucionalidad jurídica<sup>327</sup>.

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace que el ser humano sea único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo<sup>328</sup>. Es decir, que posea dignidad<sup>329</sup>.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo<sup>330</sup>. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar libertad *fenoménica*.

---

<sup>325</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, pág. 02.

<sup>326</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 49.

<sup>327</sup> Permítasenos remitir a Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 1061 y ss.

<sup>328</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 389.

<sup>329</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pág. 508-509.

<sup>330</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: *El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, pág. 305 y ss.

La libertad ontológica, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>331</sup>, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “circunstancias” como decía Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”<sup>332</sup>.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad en el denominado “proyecto de vida”.

Otro factor importante para una visión moderna de la capacidad jurídica es **el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho**.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal<sup>333</sup>. Esta versión supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social<sup>334</sup>, los valores<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, pág. 871.

<sup>332</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, pág. 872.

<sup>333</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995, pág. 26.

<sup>334</sup> Para la teoría egológica del Derecho, impulsada por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, la experiencia jurídica se encuentra conformada principalmente por la realidad sociológica – conductual del ser humano: “*El Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa*”. Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 57.

<sup>335</sup> Para la corriente axiológica del Derecho, los valores inmanentes sustentaban la realidad jurídica, constituyéndose en derecho natural. Así, el filósofo griego Aristóteles (384 a.c. – 322 a.c.) expresaba que “lo natural es lo que en

y las normas jurídicas<sup>336</sup>, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no se hubiera podido elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del hombre, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional, sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

## 2.1.- Breve desarrollo histórico

En el derecho romano la palabra *persona* tenía dos acepciones. En la primera, significaba ser capaz para tener derechos y deberes<sup>337</sup>. En la segunda, se aplica al rol que cada sujeto estaba destinado a representarlo, es decir, los diferentes estados que los hombres pueden tener: el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo, y los derechos y las obligaciones que de allí dimanaban, sin perjuicio de aplicar a cada uno en particular las consecuencias de cada estado. Estas diversas cualidades, estos diferentes estados, constituían, para Roma, lo que se denominaba *persona*<sup>338</sup>.

---

todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres pueden tomar en un sentido o en otro”: Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950, p. 211.

<sup>336</sup> El egregio Kelsen afirmaba que “con la tesis de que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afirmese sólo una tautología. Pues el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma”: Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, pág. 32.

<sup>337</sup> Para Savigny, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento: Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, p. 273.

<sup>338</sup> Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Esteban de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874, p. 37.

En efecto, el Derecho en Roma dividía a las personas en esclavos y en personas libres. No obstante, la esclavitud, como enseñaba el ilustre romanista francés Joseph Elzéar Ortolan<sup>339</sup>, era del derecho de gentes y no de derecho natural, debido a que los hombres no nacen ni se encuentran organizados para ser los unos la propiedad de los otros, siendo la servidumbre contraria a su naturaleza y no faltaron de proclamarlo los juristas romanos en la época en que el Derecho se hermanó con la filosofía. La esclavitud dimanaba de las costumbres y de los usos generales de las principales naciones de ese tiempo.

En la antigua Roma, las personas libres se subdividían en ciudadanos y no ciudadanos, en ingenuos y libertinos.

La división de personas en ciudadanos y no ciudadanos tenía como base la posesión o la privación del derecho de ciudadanía romana. Inicialmente, al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del derecho civil romano<sup>340</sup>.

En efecto, el ciudadano romano que no estaba incapacitado por alguna causa particular gozaba de todas las prerrogativas que constituía el *jus civitatis*: participando de todas las instituciones del Derecho romano, público y privado.

Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, estaban privados de las ventajas que confería el derecho de ciudadanía romana y sólo participan de las instituciones del *jus Gentium*. Posteriormente, se concedió el derecho de ciudadano y, por ende, su capacidad de derecho a los extranjeros.

Los ingenuos eran aquellos que nacían libres y que habían nacido esclavos en derecho y goce de sus derechos. En tanto que el libertino era el que había sido liberado de una esclavitud legal, es decir, conforme al Derecho, contándose desde entonces como personas libres. Por el acto de la *manumisión* el amo confería la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre éste.

Si bien es cierto que no existió en el Derecho de la antigua Roma una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, comprendida como actitud de un sujeto a ser, ya sea activa o pasivamente, titular de relaciones jurídicas. El concepto de capacidad se especificaba y se

---

<sup>339</sup> Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, p. 39.

<sup>340</sup> Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961, p. 81.

fragmentaba en concretas relaciones, con la característica de ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo. Asimismo, el Derecho de la Roma antigua negaba, total o parcialmente, la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica<sup>341</sup>. Como lo recuerda el ilustre romanista italiano Filippo Serafini, de acuerdo con los principios del Derecho bastaba ser hombre para ser persona, pero para el derecho romano el hombre como tal no es persona, sino solamente lo que es el hombre en quien la ley reconoce capacidad de derechos<sup>342</sup>.

En síntesis, el derecho romano, como enseñaba el profesor mexicano Guillermo Floris Margadant<sup>343</sup>, sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos, en atención con las sistematizaciones didácticas, escolares, de la jurisprudencia clásica (Gayo), éstos debían reunir, para ser considerados como personas, los siguientes tres siguientes:

- a) Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).
- b) Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).
- c) Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).

En tal sentido, la personalidad del sujeto, resultado de la reunión de estos tres requisitos, incluso podía comenzar un poco antes de la existencia física independiente, y terminaba algo después del fallecimiento de la persona.

En la edad media no se registraron progresos relevantes en cuanto a la capacidad jurídica, con excepción de los revolucionarios planteamientos del cristianismo en torno a la noción de persona.

Es partir del siglo XVI donde aparecen los primeros aportes, respecto a los conceptos técnico-jurídicos en torno a los términos persona, personalidad y capacidad, vinculados entre sí. Esta elaboración teórica se encontraba en estrecha relación con el *status* o la posición que la persona ocupaba en la relación jurídica. Es en este periodo que se superó la clasificación tripartita del *status* del derecho romano. Además, del *status libertatis*, *civitatis* y *familiae* apareció el *status*

---

<sup>341</sup> Jörs, Paul, *Derecho privado romano, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel*, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965, p. 125.

<sup>342</sup> Serafini, Filippo, *Instituciones de Derecho Romano, Tomo I: Introducción – Teoría General – Derechos Reales*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de Juan de Dios Trías, Barcelona, 1915, p. 133.

<sup>343</sup> Margadants S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge .S.A, México D.F., 1979, p. 119.

*naturalis* que era un concepto amplio, comprensivo, en que se involucran, además de estas específicas situaciones, otras que se son propias de la vida de relación de sujeto en sociedad, como el sexo, la edad, salud mental, etc.

No obstante, fue el pensamiento de carácter cristiano que acuñó el *status naturalis*, como era denominado el *status moralis*. Al formularse esta nueva perspectiva genérica de *status* el pensamiento jurídico se aproximó a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta como la posición jurídica del ser humano en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del sujeto que las normas otorgan efectos jurídicos, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes: en efecto, situaciones jurídicas subjetivas.

En la obra de Thomas Hobbes, que reviste gran valor para la ciencia jurídica, conformada por *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive* (1642, de la que deriva su gran obra el *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de Derecho, presentó la idea del concepto persona. Son todos cuerpos físicos. Puede indicarse también a su *De Homine* para el que “*homo dicitur ex quo anima carni infunditur*”, el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la “*persona est res animata et rationabilis et individua substantia*”, la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona en el ámbito del Derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. En efecto, el cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico<sup>344</sup>.

En 1765, el jurista inglés William Blackstone publicó la versión definitiva del primer libro de sus *Commentaries on the Laws of England*. Este libro perteneció al tipo de comentarios de género institucionista, el que toma como modelo las *Institutiones* bizantinas con su primera materia *De Personis*, de las personas como capacidades. Conforme no sólo al género, sino al sistema todo de cariz tradicional, eso es lo que sigue significando *persona*. La problemática de Hobbes no la hace el Derecho todavía suya ni siquiera en Inglaterra para el término *persona*. La misma entrará ahora por otra vía, la de un neologismo, *individual*, individuo.

En efecto, el primer libro de los *Commentaries* de Blackstone versó acerca de las personas, pero no *de iure personarum*, del derecho sobre las personas, sino de *The Rights of Persons*, de los derechos de las personas, con una connotación de entrada que ya pudiera no ser

---

<sup>344</sup> Como bien enseña el maestro de la Universidad de Sevilla, Bartolomé Clavero, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012, pág. 63, y en: *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 73.

la de capacidades. En todo caso, el término *personae* en principio no se significaba ni podía significar ser humano, sino el papel que cumplen en la sociedad, igual que lo hacen en una obra dramática, esto es la capacidad correspondiente al status político, social o familiar, también llamado este último por entonces *económico*, que recuerda el origen de la palabra “*personæ*” (la máscara utilizada en el teatro en el mundo antiguo).

A partir del capítulo segundo del libro primero, sobre los *Rights of Persons*, Blackstone se ocupó de la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular, sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: “*We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other*”. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad.

El primer capítulo de los *Rights of Persons* se ocupa de “*of the absolute rights of the individuals*”, de los derechos absolutos o fundamentales de los individuos, absolutos en el sentido de anteriores y superiores al ordenamiento u obligaciones para el mismo:

*By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it*<sup>345</sup>. (“Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada”).

En efecto, el concepto absoluto de derecho genera el nuevo sujeto del *individual*, el individuo, *every man*, todo hombre, a cuya *persona* corresponden los derechos de tal condición. *Person* sigue refiriéndose a la capacidad de contar con derechos absolutos y relativos, conforme al ordenamiento jurídico:

*The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as*

---

<sup>345</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893, pág. 122.

*individuals or single persons: relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other*<sup>346</sup>. (“Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros”).

Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Este es el lenguaje dado y el orden establecido. El referido alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas “is the more popular acceptation of rights or jura”, es la acepción más extendida de las expresiones de *rights* o *iura*<sup>347</sup>.

La concepción de Blackstone respecto a *persona* parte del filósofo romano Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio. En efecto, “*naturae rationabilis individua substantia*” del filósofo antiguo en inglés quiere decir: “the individual substance of a rational nature” o, si ya no se singulariza en la hipóstasis del cristianismo, “*an individual substance of a rational nature*”, el hombre entonces, el *individual*, el individuo. Según todos los indicios, el término aparece en inglés antes de pasar a otras lenguas y procede directamente de la definición de Boecio. Frente a lo que resulta usual, el adjetivo para *individual* no deriva en inglés del sustantivo, sino al contrario, el sustantivo para *individuo* procede directamente del adjetivo *individual*, que se remota a la definición de Boecio.

En tal sentido, el *individual* constituye una clase singular de *person*, la absoluta, que puede además asumir otras *Persons*. Abundan quienes sólo pueden ser *persons* en este otro sentido, el tradicional, y no tienen acceso a la condición de *individual*. En efecto, el *individuo* como sujeto de derecho no sustituyó a *persona* como capacidad jurídica, sino se situó en su mismo escenario. Entonces, Individuo es una persona calificada entre las personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma calificada de *persona*.

Posteriormente, con la decadencia del iluminismo y su influencia en el pensamiento jurídico coincidió históricamente con el surgimiento en la ciencia jurídica del concepto de

---

<sup>346</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, p. 122.

<sup>347</sup> Bartolomé Clavero, *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, p. 96.

capacidad jurídica. Como indica el Maestro Fernández Sessarego<sup>348</sup>, el jusfilósofo italiano Angelo Falzea atribuye al jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), ser el primer jurista en utilizar la expresión “capacidad jurídica” en 1803.

El maestro italiano Pasquale Stanzone<sup>349</sup> enseña que, si se considera al *status* una noción sumamente genérica, por la cual con este término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es complicado arribar a la conclusión que el Estado determina la actitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos.

También enseña el Maestro de la Universidad de Salerno<sup>350</sup>, que ambos conceptos fueron advertidos por la doctrina francesa, la cual no dudaba en concluir esta relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*, ya sea que se comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal – es decir, comprendiéndola como capacidad jurídica general o de goce – y como capacidad de ejercicio.

En efecto, en el artículo 7º del título I del *Livre premier* del Code Civil<sup>351</sup> se establece que el ejercicio de los derechos civiles es independiente del ejercicio de los derechos políticos, los cuales se adquieren y conservan conforme a las leyes constitucionales y electorales.

Asimismo, el artículo 8º del *Code* prescribe que todo francés goza de los derechos civiles.

En la doctrina clásica francesa, Gabriel Braudry-Lacantinerie<sup>352</sup> sostenía que la capacidad jurídica es la aptitud para gozar o para ejercer un derecho. El defecto de la capacidad constituye la denominada incapacidad.

---

<sup>348</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), p. 324.

<sup>349</sup> Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, p. 23.

<sup>350</sup> Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 24.

<sup>351</sup> *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garrigues Walker, coordinación de Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 07.

<sup>352</sup> Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905, p. 92.

Anotaba el jurista francés que gozar de un derecho es consustancial a ser titular del mismo, siendo que ser privado del goce de un derecho, equivaldría, por lo tanto, no ser titular del mismo.

En esta línea de pensamiento, el ejercicio de un derecho es la puesta en marcha de ese derecho. Es el resultado de los actos por los cuales el goce del derecho se manifiesta exteriormente. El sujeto de derecho no puede tener y ejercer un derecho sin poseer el disfrute del mismo.

A raíz de su ámbito de aplicación, para Braudry-Lacantinerie<sup>353</sup>, la capacidad o discapacidad son generales o especiales. Las personas con discapacidad general no pueden ejercer los derechos, salvo las excepciones contempladas por la ley. La incapacidad especial es cuando se conserva la capacidad de adquirir o ejercer o gozar los derechos.

Importante fue también el planteamiento de René Demogue, tan conocido en el derecho continental por formular la distinción entre las obligaciones en medios y resultados<sup>354</sup>, que consideraba que la capacidad es la actitud de poseer y ejercitar los derechos. Para el profesor de la Universidad de París, la teoría de la incapacidad es esencialmente individualista en su fundamento, aunque tendería a garantizar el interés social de la protección de los sujetos débiles<sup>355</sup>.

Otro exponente del derecho francés, Henri Capitant<sup>356</sup>, consideraba que la capacidad jurídica es la aptitud de ejercer los derechos y hacerlos valer. Esta concepción de la capacidad enseñaba Capitant, tiene dos elementos distintos y consecutivos<sup>357</sup>. Uno es la adquisición de los

---

<sup>353</sup> Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, tomo premier, p. 93.

<sup>354</sup> En efecto, Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librarie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 538 y ss., formuló la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados: “*La obligación del deudor no será siempre de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios*”. En la doctrina nacional, nos informan sobre la influencia de estas ideas, los profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011, p. 128.

<sup>355</sup> Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome II, Librarie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 375.

<sup>356</sup> Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925, p. 178.

<sup>357</sup> Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 179.

derechos, su goce, la otra faz es hacer valer los derechos, utilizarlos, cederlos, transmitirlos a terceros, en una palabra, ejercitarlos.

Entonces, Capitant estableció dos tipos de capacidad, o más bien, dos grados de ella: la capacidad de goce y la de ejercicio.

Para el maestro galo, la capacidad de ejercicio supone necesariamente el disfrute de la de goce, debido a que ejercer un derecho, significa ser capaz de ejercerlo. Para Capitant, el goce es concebible sin la capacidad de ejercicio. El que tiene el goce de un derecho, puede ejercitarlo o no.

Concluye Capitant que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción<sup>358</sup>.

Para Louis Josserand, que fue Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon y Consejero de la Corte de Casación francesa, en su clásico *Derecho Civil*<sup>359</sup>, sostiene que la *capacidad* es una palabra de doble sentido, lo que mismo que *incapacidad*, su contraria: algunas veces se designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, y, por ende, se trata de una capacidad o de una incapacidad de goce (denominada equivocadamente para el jurista lionés); otras veces, y con mayor asiduidad, se trata sólo de la aptitud o falta de ella para *ejercer* los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de un *incapacidad de ejercicio*.

Para Josserand, la incapacidad de goce implica la incapacidad de ejercicio o la hace más bien inútil e inconcebible, debido a una persona no podría ejercer derechos que no le corresponden. En este sentido, la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente<sup>360</sup>.

Décadas después, el *doyen* Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones<sup>361</sup>. La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el *doyen*, la incapacidad de goce es la inaptitud de

---

<sup>358</sup> Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 184.

<sup>359</sup> Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952, p. 262.

<sup>360</sup> Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, p. 263.

<sup>361</sup> Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, p. 636.

ser sujeto de derechos y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.

En la experiencia alemana, el Código Civil o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en la sección primera, título 1 dedicado a las personas naturales, consumidor y el empresario, en el párrafo 1 establece que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento del sujeto<sup>362</sup>.

El párrafo 8 del BGB establece, en cuanto al domicilio de los no plenamente capaces de obrar: (1) quien es incapaz de obrar o tiene limitada la capacidad de obrar no puede establecer ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representación legal; (2) un menor de edad casado o que ha estado casado puede autónomamente establecer y suprimir un domicilio.

Doctrina jurídica germana ha establecido que la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento. La personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivale a la *capacidad jurídica*<sup>363</sup>.

Apunta el egregio Ludwig Enneccerus que la capacidad jurídica no se debe confundir con la capacidad de obrar, es decir la capacidad de negociar y la capacidad de imputación – capacidad delictual, o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Asimismo, enseñaba el Maestro de la Universidad de Marburgo, que jurídicamente capaces (personas) son los hombres y, además, ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesias, Municipios, determinadas asociaciones, fundaciones, etc.) que se contraponen bajo la denominación de personas jurídicas a los hombres, como personas naturales, indicando que la capacidad jurídica de las personas descansa también en el ordenamiento jurídico<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 35.

<sup>363</sup> Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, p. 318.

<sup>364</sup> Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 318.

Para la doctrina alemana, la capacidad jurídica del hombre termina con el fallecimiento de la persona. La transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regula por el derecho de sucesiones<sup>365</sup>.

Otro modelo importante, el italiano, dispone en su libro primero dedicado a las personas y a la familia, en el título I de las personas físicas que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento<sup>366</sup>.

Cabe indicar también que, dentro del contexto del fascismo, el tercer párrafo del citado artículo primero se había establecido limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas, calificadas acertadamente por el Maestro y notable historiador del Derecho, Paolo Grossi, como aberrante<sup>367</sup>. En efecto, Dino Grandi, ministro Guardasellos en la promulgación del código italiano, expresaba sobre esta norma que “*pareció conveniente, en armonía con las directivas raciales del régimen (fascista), colocar en el tercer párrafo del artículo 1º una disposición con la cual se remite a las leyes especiales por cuanto concierne a las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas. Además, la fórmula utilizada en el texto contiene una afirmación positiva, en cuanto establece el principio que la pertenencia a determinadas razas puede influir en la esfera de la capacidad jurídica de las personas*”<sup>368</sup>.

Por otro lado, el código civil italiano de 1942, a diferencia de código de 1865, no exige ya el requisito de la vitalidad, es decir, la idoneidad del sujeto a permanecer con vida<sup>369</sup>.

---

<sup>365</sup> Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 323.

<sup>366</sup> *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 133.

<sup>367</sup> Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 22.

<sup>368</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione di Guido Alpa e Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010, p. 17.

<sup>369</sup> Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003, p. 44.

Asimismo, en el artículo segundo del *Codice* se dispone que la mayoría de edad está fijada al cumplirse los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos por los cuales no se haya establecido una edad diversa.

Doctrina clásica italiana manifestaba que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho se encuentra constituido para su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de tal forma que no es posible concebir seres humanos que no se encuentren dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, que se adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte<sup>370</sup>. Asimismo, la clásica doctrina expresaba que la capacidad jurídica se distinguía en capacidad de derechos, propiamente dicha, y la capacidad de obrar. Aquélla consistía en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones de existencia, en tanto la segunda implica la capacidad de querer. Por ello, todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos, en tanto que la capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas<sup>371</sup>.

La actual doctrina itálica sostiene que la capacidad jurídica es la idoneidad de ser sujeto de derechos y obligaciones<sup>372</sup>, idoneidad tanto para la persona física y la persona jurídica o entes dotados de personalidad<sup>373</sup>, para las primeras se adquiere automáticamente con el nacimiento y se extingue con la muerte, para las segundas se adquiere con el reconocimiento<sup>374</sup>.

Para el recordado profesor emérito de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano, la capacidad jurídica es la actitud del ser humano de ser titular de derechos y deberes, siendo la

---

<sup>370</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 99-100.

<sup>371</sup> Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, pp. 157-158.

<sup>372</sup> Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 134.

<sup>373</sup> Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 59.

<sup>374</sup> Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sesta edizione, Cedam, Padua, 2009, p. 189.

categoría equivalente a subjetividad y personalidad jurídica<sup>375</sup>. Por su parte, Cesare Massimo Bianca, profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, considera que la capacidad jurídica es la idoneidad del sujeto de ser titular de posiciones jurídicas<sup>376</sup>.

De esta forma, la capacidad jurídica resulta así connatural a la naturaleza misma del hombre, presentándose casi como un instituto del derecho natural<sup>377</sup>. En esta perspectiva, la capacidad jurídica sería inevitablemente connatural al hecho mismo de la existencia del sujeto<sup>378</sup>.

En efecto, como lo ha anotado una de las más valiosas mentes del pensamiento jurídico italiano<sup>379</sup>, la noción de capacidad jurídica reviste un innegable valor moral, expresando el definitivo repudio de discriminaciones conocidas en otras épocas históricas (como la esclavitud y la muerte civil), y se comprende el esfuerzo legislativo de remover, más allá de las persistentes disparidades de carácter formal, las desigualdades que de hecho inciden sobre la proclamada idoneidad a adquirir derechos y deberes.

Con la ley nº 6 del 09 de enero del 2004 se ha instituido en Italia la administración de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que se distingue de las clásicas formas de tutela a los sujetos débiles por orientarse a la persona, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o en parte de autonomía. Esta nueva figura se agrega a las del tutor y curador, reguladas en la codificación civil de forma más rígida, y ha sido pensada para responder en modo diversificado a las necesidades de las personas “*privadas en todo o en parte de autonomía de las funciones de la vida cotidiana mediante intervenciones de sostén temporal o permanente*” (según establece el primer artículo de la referida ley). La administración de apoyo se configura en modo flexible: puede ser instituida por sustitución o agregada a otras medidas, temporal o permanentemente, a favor de un sujeto que mantiene su capacidad de ejercicio, pero puede encontrarse en dificultad o

---

<sup>375</sup> Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, diciassettesima edizione, con 7 tavole di diritto comparato, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

<sup>376</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile I: La norma giuridica – I soggetti*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 213.

<sup>377</sup> También notable doctrina española ha afirmado que la aptitud de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas recibe el nombre de capacidad jurídica. Se trata de una cualidad que la persona posee por el mero hecho de serla. No puede decirse que el Derecho se la otorga, sino que se la reconoce: De Ángel Yágüez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3º ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 245.

<sup>378</sup> Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, quarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006, p. 97.

<sup>379</sup> Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121.

imposibilidad, incluso temporal, para cumplir determinados actos. Las modalidades con la cual actúa su flexibilidad permiten una personalización de la intervención y se disponen por decisión del juez tutelar<sup>380</sup>.

La finalidad legislativa de esta norma, como se ha anotado, es proteger a las personas no idóneas para el cuidado de sus propios intereses. En efecto, no se trata de personas “inexpertas”, sino más bien de personas que sufren dificultades en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana y se encuentra en ese estado, temporal o permanentemente<sup>381</sup>. El nombramiento de un administrador de apoyo puede ser requerida para beneficio de una persona como consecuencia de una enfermedad o y una disminución física o psíquica que encuentra imposibilidad incluso parcial o temporal de proveerse cuidado<sup>382</sup>.

En relación con el carácter de la intervención pueden presentarse diversa casuística, como en el campo sanitario respecto al consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas o terapéuticas o en el caso de diversos grados de reducción de la capacidad de ejercicio del sujeto, teniendo en cuenta de la posible evolución de la limitación misma.

Importante también es la experiencia jurídica japonesa, respecto al régimen de asistencia y la tutela de los sujetos con capacidad jurídica de ejercicio limitada.

Con la Ley N° 149, promulgada el 08 de diciembre de 1999, se modificó el código civil japonés de 1898, instituyendo la figura jurídica de la “asistencia”, que constituye la más importante novedad de la reforma de 1999<sup>383</sup>, como institución jurídica amplia, debido a que pueda nombrarse un asistente a toda persona que no tenga tutor o curador, constituyendo, junto al contrato de tutela voluntaria introducida por la Ley 150 del 08 de diciembre de 1999, una importante medida jurídica para resolver el problema social de envejecimiento de la población

---

<sup>380</sup> Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: *Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna*, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bologna, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006, p. 15.

<sup>381</sup> Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, p. 202.

<sup>382</sup> Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, quarantesima ottava edizione, a cura di Giuseppe Trabucchi, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

<sup>383</sup> 民法 *Código Civil Japonés*, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barbarán y Rafael Domingo, con la colaboración de Nobuo Hayashi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 439.

japonesa, a causa, entre otros, de la baja tasa de nacimientos y del aumento de la esperanza de vida.

Asimismo, la reforma de 1999 condujo al legislador japonés a suprimir el antiguo concepto de “*incapacitado*” por estimarlo, como señala el catedrático de la Universidad de Navarra Rafael Domingo Oslé<sup>384</sup>, con connotaciones negativas, instituyéndose la figura jurídica de la “*asistencia*”. Así en el Título VI: *De la curatela y de la asistencia* dentro del Libro Cuarto dedicado al derecho de familia, en su capítulo II *De la Asistencia*, el artículo 876-6 dispone que la asistencia se constituye mediante resolución judicial, como lo establece también el artículo 15 del código civil nipón. Respecto al nombramiento de asistente y asistente extraordinario, el artículo 876-7 establece que el juzgado de familia dictará la resolución de constitución de asistencia, nombrando de oficio un asistente. En el supuesto en que el asistente o la persona que lo represente tuvieran intereses opuestos al sometido a asistencia, aquel deberá solicitar al juzgado de familia el nombramiento de un asistente extraordinario que vele por los intereses del asistido, a no ser que ya hubiere nombrado un proasistente. Al respecto, el artículo 876-8 prescribe que, si lo estima necesario, el juez de familia puede, de oficio o a instancia del sometido a la asistencia, de sus familiares o de su asistente, nombrar a un proasistente.

El código civil japonés reformado, en su artículo 876-9 dispone también que el juzgado de familia pueda dictar resolución confiriendo la representación del que se hallare sometido a asistencia para llevar a cabo determinados actos jurídicos en atención al interés de la persona asistida.

## **2.2.- La concepción peruana sobre la capacidad jurídica**

Partiendo de una visión moderna de la concepción del ser humano, y considerando a la ciencia jurídica desde la teoría tridimensional de Derecho, nos permite concebir los auténticos alcances de la denominada “capacidad jurídica”, entendida en su amplia acepción, así como evidenciar lo inadecuado de asumir una posición dualista, asumida por grande parte de la doctrina jurídica, al señalar que ésta tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la de ejercicio. Como ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, la capacidad genérica o de goce es inherente al ser humano<sup>385</sup>. Ésta es la potencialidad o posibilidad propias de la libertad en que consiste y fundamenta al ser humano, para volcarse en actos, en conductas intersubjetivas.

---

<sup>384</sup> Domingo Oslé, Rafael, *Estudio Preliminar*, en: *民法 Código Civil Japonés*, edición bilingüe, p. 52.

<sup>385</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 354.

En efecto, la capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Ésta no se restringe o elimina por norma jurídica, solamente desaparece con la muerte del ser humano. Ninguna ley puede limitar las decisiones del fuero interno del sujeto del derecho<sup>386</sup>. Ninguna norma puede restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de los derechos naturales al ser humano.

Entonces, si la denominada capacidad genérica o de goce se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, aludir a ella se presenta de todo jurídicamente irrelevante. Ciertamente, la capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquel otro tipo de capacidad, que concierne al derecho positivo, que los juristas denominan capacidad de ejercicio, de hecho, o de obrar.

La capacidad genérica o de goce al ser inherente del ser humano, no es posible pretenderla limitar o restringirla normativamente. La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto, por el hecho de serlo<sup>387</sup>. Esta capacidad representa o significa la potencialidad misma de la libertad para transformarse en acto, en comportamientos humanos intersubjetivos, para fenomenalizarse. En tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación o aparición en el mundo que, si es posible restringirla, limitarla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, el Derecho debe centrarse en esta capacidad.

### **2.3.- La influencia de Convención Internacional sobre los derechos sobre personas con discapacidad**

Fuera de los límites peruanos, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, como documento supranacional de las Naciones Unidas, tiene como finalidad la protección, promoción y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los seres humanos y de las libertades fundamentales para las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su inherente dignidad.

---

<sup>386</sup> Como ha anotado el ilustre historiador del Derecho, el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, la expresión “sujeto del (o de) Derecho” es técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a aquellos entes que solo a los cuales sea posible imputar derechos y obligaciones o relaciones jurídicas en terminología también de nuestra época: Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012, pág. 01.

<sup>387</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6° ed., Grijley, Lima, 2012, pág. 881.

El citado documento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que marca un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto a la protección jurídica de las personas con discapacidad.

Los Estados Partes en la Convención se encuentran compelidos a promover y proteger el pleno disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidades, garantizando el goce pleno de igualdad ante la ley.

Para la Convención, las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras diversas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la comunidad, en igual de condiciones con los otros sujetos.

Asimismo, este instrumento internacional obliga a los Estados a comprometerse a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, por lo que deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de toda índole, modificación o derogación de leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, entre otros.

En aplicación del principio de no discriminación y el de igualdad, los Estados reconocen que las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna.

De este modo, los Estados Partes deben prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal efectiva e igual contra la discriminación por cualquier motivo.

La Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad fue aprobada por el Congreso de la República del Perú, mediante Resolución Legislativa N° 29127 de fecha 30 de octubre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01 de noviembre de 2007; asimismo fue ratificada por el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE de fecha 30 de diciembre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 2007.

Dicha aprobación y ratificación dio pase a que se promulgue la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 del 13 de diciembre de 2012, así como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP.

Este cuerpo normativo tiene por finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con

discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. De esta manera, se dio inicio a la adaptación de nuestra legislación nacional a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En el caso particular de la capacidad jurídica, tenemos que resaltar lo vertido en el artículo 9 de la mencionada Ley que señala lo siguiente:

***“Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley***

*9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.*

*9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.”*

En concordancia con ello, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 29973, señala lo siguiente:

***“Artículo 8.- Capacidad jurídica de la persona con discapacidad***

*La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones, conforme a lo establecido en los numerales 9.1 y 9.2 del artículo 9 de la Ley y las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la materia.”*

De esta manera, el Perú se aleja del sistema tradicional que tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, hacia un modelo basado en la dignidad intrínseca de todas

las personas, en el que se basa la Convención, la cual aboga por un modelo de “apoyo” de la voluntad de las personas discapacitadas.<sup>388</sup>

Este marco jurídico que nos plantea la Ley General de la persona con discapacidad y su reglamento, debe ser inspirador para continuar la reforma legislativa respecto al tratamiento jurídico de la discapacidad en el Perú, teniendo en cuenta que la principal trascendencia de la Convención, no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principio de la ONU. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, por ende, ante una simple declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.<sup>389</sup>

#### **2.4.- La reforma de la capacidad por el Decreto Legislativo N° 1384 al Libro Primero de Derecho de las Personas**

El 04 de septiembre de 2018 se promulgó el Decreto Legislativo N°1384 en materia de capacidad jurídica, que ha significado una de las grandes reformas del código civil peruano, en diversos Libros que integran este cuerpo normativo. En esta investigación se dedicará atención a las modificaciones realizadas al Libro Primero.

##### ➤ **Artículo 3**

<b>Texto del Código Civil de 1984</b>	<b>Decreto Legislativo N° 1384</b>
<p><b>Artículo 3.- Capacidad de goce</b></p> <p>Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.</p>	<p><b>Artículo 3.- Capacidad jurídica</b></p> <p>Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.</p> <p>La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.</p>

<sup>388</sup> Vivas Tesón, Inmaculada, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos. Hacia la despatrimonialización de la discapacidad*, en: Revista de Derecho UNED, número 7, Madrid, 2010, p. 565.

<sup>389</sup> *Ídem.*

Se advierte un cambio acentuado en lo que pretende regular este artículo, el cual inicialmente se encontraba orientado únicamente a la capacidad de goce, que como hemos anotado líneas arriba, es irrelevante su tratamiento, dado que esta capacidad se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, por lo que no tiene sentido que sea regulada por el ordenamiento jurídico.

La reciente modificatoria introduce un aspecto importante de la capacidad jurídica que es la regulación expresa de la capacidad de ejercicio. Lo cual consideramos sumamente importante, dado que se parte de la premisa general de que todas las personas tienen capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos. Por otro lado, que, en caso de restricciones, entiéndase a la capacidad de ejercicio, solo puedan ser determinadas por ley.

Definitivamente, la precisión que incorpora este artículo respecto a las personas con discapacidad demuestra que nuestra normativa nacional viene asumiendo sistemáticamente que es necesario que su centro gire en torno a la persona y no a solo a su patrimonio. Colocar a la persona en el centro del ordenamiento jurídico, regular de manera acertada su debida protección y su rol en la sociedad. Vemos pues, que nuestra legislación viene adaptándose al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad y la igualdad.<sup>390</sup>

➤ **Artículo 42**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p><b>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio</b></p> <p>Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.</p>	<p><b>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena</b></p> <p>Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.</p> <p>Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho</p>

<sup>390</sup> Vivas-Tesón, Inmaculada, *Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad*, en: Revista *Pensar*, volumen 20, número 3, Fortaleza, 2015, p. 835.

	años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.
--	--

Con la nueva redacción del artículo 43, se establece la mayoría para adquirir la capacidad de ejercicio, en comparación a la inicialmente contenida en su redacción precedente. Nuevamente se advierte que el artículo incorpora expresamente a las personas con discapacidad haciendo clara mención de su plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones.

Asimismo, se incorpora los términos “ajustes razonables” o “apoyos” para la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, en concordancia con lo vertido en el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley N° 29973 que establece que *“La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.”*

Respecto al primer término “ajustes razonables”, corresponde hacer mención al penúltimo párrafo del artículo 2 de la Convención, el cual concuerda con la definición adoptada en el numeral 3.2. del artículo 3 del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, que prescribe lo siguiente:

*Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*

De esta manera, se parte de la premisa de que existe una obligación del Estado de garantizar la accesibilidad para alcanzar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; sin embargo, en caso no se logre ello, dada la amplitud de tipos de discapacidad, es necesario proceder con soluciones más concretas e individualizadas en cada caso. He aquí donde adquiere suma importancia la aplicación de los ajustes razonables, los cuales deberán aplicarse en todos los procedimientos en que deban incurrir las personas con discapacidad, con la finalidad de asegurar el efectivo ejercicio de sus derechos.

La citada aplicación de ajustes razonables debe ser garantizada por el Estado a través de sus diferentes organismos. Asimismo, de ser el caso, se podría llegar a la aplicación de sanciones hacia aquellas instituciones del sector público o privado que, dentro de alguno de sus

procedimientos, nieguen tales ajustes o pretendan imponer procedimientos que vulneren el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Es necesario precisar que si estamos frente a un caso donde se deniegue la aplicación de ajustes razonables, será considerado como un acto de discriminación, ello en concordancia con lo establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley N° 29973, que dispone que *“es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, **incluida la denegación de ajustes razonables**”* (negrita nuestra).

En materia laboral el Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 50 de la Ley General de la Persona con discapacidad, aprobada por Ley N° 29973, precisando los tipos de ajustes a aplicarse en los procesos de selección, estableciendo que *“50.2. Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, **en función de las necesidades del trabajador con discapacidad**”* (negrita nuestra).

De la parte final del numeral arriba señalado, se advierte nuevamente que la aplicación de los ajustes razonables dependerá de cada caso concreto en que se requiera.

Sobre la razonabilidad de los ajustes, la Convención únicamente señala que éstos, *“(…) no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular (…)”*. En ese sentido, no sería posible atribuir una fórmula general para decidir cuándo es proporcional un ajuste y cuándo no, toda vez que ello dependerá de las particularidades y exigencias que se deban aplicar a cada caso concreto, por lo que se deberá tomar en cuenta la equidad y la proporcionalidad.

Dicho límite también lo encontramos regulado en el numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley N° 29973, recientemente modificado mediante Decreto Legislativo 1417, el cual prescribe que *“Los empleadores del sector público y privado están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se aplican en el sector público y en el privado.”*

Por otro lado, tenemos la figura de los “apoyos”, al respecto podemos definirla como “asistencia”, “colaboración”, “acompañamiento”, “refuerzo”, “guía”, “auxilio” (así: “asistente de apoyo”, “colaborador de apoyo”, “acompañante de apoyo”, “refuerzo de apoyo”, “guía de apoyo”, “auxiliar de apoyo”) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica. El término “apoyo” sí es muy adecuado, además de ser el utilizado por la Convención de la ONU, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí solo. Responde, por tanto, a la finalidad la visión terapéutica o estimuladora, propia del modelo social de la tutela jurídica de este sector de la población<sup>391</sup>.

De acuerdo a la incorporación realizada con el artículo 659-B, nuestro código Civil define a los apoyos como *“formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.”*

El Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, en cuyo numeral 4.2. define a los “apoyos” como: *“Aquella persona natural que facilita el cobro de la pensión, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas referidas en el numeral 4.1. Dicha persona presta su apoyo en la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo; y la administración del dinero recibido.”*

La modificación del artículo 42 también trae consigo una excepción, respecto a las formas especiales de la capacidad de ejercicio, para los casos de mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o ejerciten la paternidad. Se advierte, por ende, una derogación tácita del artículo 46 del Código Civil, que regulaba estas dos situaciones, entendiéndose que el mencionado artículo quedará vigente únicamente para el caso del mayor de dieciséis años en caso obtenga un título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio. Del mismo modo, al haberse modificado la edad para adquirir la capacidad de ejercicio por matrimonio a catorce años, se entiende modificado el inciso 1 del artículo 241 del mismo cuerpo de leyes.

---

<sup>391</sup> Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

Vemos pues, que el legislador no advirtió estas modificaciones como consecuencia de la nueva redacción del artículo 42; sin embargo, es importante reconocerlo y oficializarlo expresamente.

➤ **Artículo 43**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p><b>Artículo 43.- Incapaces absolutos</b></p> <p>Son absolutamente incapaces:</p> <p>1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</p> <p>2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.</p> <p>3.- Derogado.</p>	<p><b>Artículo 43.- Incapacidad absoluta:</b></p> <p>1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</p> <p>2.- Derogado.</p> <p>3.- Derogado.</p>

El reconocimiento de la subjetividad jurídica implica el reconocimiento de la capacidad jurídica, esto es la posibilidad de ser titular de derechos y deberes.

El actual planteamiento de la protección jurídica de la persona tiende a la eliminación de la expresión “*incapacidad jurídica*”, ello en virtud de lo establecido por el modelo social de la discapacidad dispuesto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, que ya hemos tratado.

En efecto, la situación se refiere a personas que no han cumplido determinada edad, que sufren trastornos mentales o que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable.

En el artículo, se establece que podrán ser considerados como sujetos de capacidad de ejercicio restringida los menores de 18 años, salvo para los actos determinados por el ordenamiento jurídico.

Es correcto referirse a estas personas como aquellos cuya capacidad de ejercicio se encuentra “restringida”, en diversos grados, medida e intensidad, por alguna causa. Esta expresión describe, con mayor apego a la realidad, la situación de los sujetos a que se hace referencia en el artículo 43 del Código Civil.

En la experiencia jurídica comparada se puede encontrar antecedentes en el artículo 21 del Código Civil ruso, así como en el artículo 26 de Código Civil y comercial argentino y en el artículo 5 del Código Civil japonés.

➤ **Artículo 44**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p><b>Artículo 44.- Incapacidad relativa</b></p> <p>Son relativamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</li> <li>2.- Los retardados mentales.</li> <li>3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.</li> <li>4.- Los pródigos.</li> <li>5.- Los que incurren en mala gestión.</li> <li>6.- Los ebrios habituales.</li> <li>7.- Los toxicómanos.</li> <li>8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</li> </ol>	<p><b>Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida</b></p> <p>Tienen capacidad de ejercicio restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</li> <li><b>2.- Derogado.</b></li> <li><b>3.- Derogado.</b></li> <li>4.- Los pródigos.</li> <li>5.- Los que incurren en mala gestión.</li> <li>6.- Los ebrios habituales.</li> <li>7.- Los toxicómanos.</li> <li>8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</li> <li><b>9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.</b></li> </ol>

➤ **Disposiciones complementarias aplicables a los numerales 6 y 7 del artículo 44**

<p><b>Tercera.- Apoyo y salvaguardias para las personas contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil</b></p> <p>Las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.</p>
---

Se advierte que la nueva redacción del artículo está orientada a los grados de la capacidad, y se aleja de la antigua concepción que giraba en todo a la incapacidad y sus grados. Se parte de la noción general que todas las personas son capaces al adquirir la mayoría o a través de las formas especiales.

Se derogan los numerales 2 y 3, referidos a los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Asimismo, se añade el numeral 9, referido a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Cabe señalar que la tercera Disposición Complementaria, regula la figura de apoyos y salvaguardas para los casos contemplados en los numerales 6 y 7 del presente artículo, advirtiendo que frente al modelo jurídico de la "guarda total", en el cual el representante legal sustituye al "incapaz" en todos los actos jurídicamente relevantes, surge el de la "asistencia", en el cual se nombra, por disposición voluntaria o través de una resolución judicial según el caso, un asistente o apoyo que intervendrá en actos precisos.

La norma ha eliminado la incorrecta expresión de "incapaz", impidiendo que sea marginado y permitir que éste se relacione, respetando sus diferencias, dentro de su entorno social. Se han suprimido las clasificaciones específicas de retardados mentales, deterioro mental, mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía.

Este modelo ha sido acogido en el artículo 404 y siguientes del Código Civil italiano, así como en el artículo 226-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña. También en la Ley N 136/83 sobre representación para personas disminuidas de Austria, y en el parágrafo 1896 y siguientes del Código Civil alemán.

➤ **Artículo 45**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p><b>Artículo 45.- Representación legal de los incapaces</b></p> <p>Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.</p>	<p><b>Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo</b></p> <p>Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección</p> <p><b>Artículo 45- A.- Representantes Legales</b></p>

	<p>Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.</p> <p><b>Artículo 45-B- Designación de apoyos y salvaguardias</b></p> <p>Pueden designar apoyos y salvaguardias:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.</li><li>2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.</li><li>3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.</li><li>4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código</li></ol> <p><b>Artículo 659-E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez</b></p> <p>El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con</p>
--	---

	<p>capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.</p> <p>El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.</p> <p>El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.</p>
--	---

El presente artículo trae consigo una modificación trascendental, esto es, elimina la figura de la representación legal en cuanto a las personas con discapacidad, figura que tenía por finalidad sustituir a la persona mal denominada “incapaz”, con el objeto de ejercer sus derechos civiles, esto es, netamente referido a la disposición de su patrimonio. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y protección, poniendo todo el énfasis en

la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados, no sólo en sus bienes.<sup>392</sup>

Con la modificatoria del referido artículo pasamos a una redacción orientada a la elección de los apoyos y aplicación de los ajustes razonables, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cabe señalar que la figura de la representación legal se mantiene vigente para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44, conforme lo señala el añadido artículo 45-A. Las reglas relativas a la patria potestad son materia del Libro III de la Sección Tercera del Libro sobre Derecho de Familia, mientras que aquellas que conciernen a la tutela y la curatela están contenidas en el Título Segundo de la Sección Cuarta del citado Libro.

En el agregado artículo 45-B, nos describe las formas para la designación de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad, señalando la primera en los casos en que las personas con discapacidad puedan manifestar su voluntad, podrán hacerlo judicial o notarialmente, cabe señalar que este procedimiento ha sido agregado en el numeral 13 del artículo 749 de nuestro Código Procesal Civil, tramitándose como un procedimiento no contencioso. Es necesario resaltar que el numeral incorporado solo se refiere al proceso de designación de apoyos, mas no de salvaguardias.

Apreciamos que la solicitud de salvaguardias viene a ser regulada en el incorporado artículo 841 del Código Procesal Civil, el cual señala que *“Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se tramitan ante el juez competente o notario”*.

Por otro lado, tenemos el segundo caso, cuando se trate de personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, en este caso el artículo agregado nos exige que la designación se realice judicialmente, cabe señalar, dentro del proceso no contencioso, en concordancia con el Código Procesal Civil antes citado. Encontramos razón a esta distinción, en tanto que, judicialmente puede desarrollarse una mayor actividad probatoria, considerando la vulnerabilidad de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad, con la finalidad de que la designación que estos realicen revele realmente sus deseos de elegir a una determinada persona. El artículo 659-E incluye en esta forma de designación judicial, a las personas que se encuentran en estado de coma y no hayan designado un apoyo con anterioridad, lo cual entendemos va por el camino de la actividad probatoria a desarrollarse en el plano judicial, por otro lado, que, el referido

---

<sup>392</sup> Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

artículo confiere ciertas obligaciones a los jueces con la finalidad de salvaguardar la correcta designación del apoyo.

Finalmente, el artículo 45-B señala que aquellas personas que se encuentren en estado de coma, pero que hayan designado previamente un apoyo lo mantendrán, ello dado que el apoyo previamente designado ha venido desarrollando dicha función con la persona, ahora en estado de coma, durante su discapacidad, conociendo de sus cuidados entre otras necesidades.

### 3.- El tratamiento de la libertad y bienestar

La nueva y revolucionaria concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal<sup>393</sup>, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. Afirmar que su estructura no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática” significa que se trata de un ser libertad, simultáneamente coexistencial y temporal, por ende “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”<sup>394</sup>.

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, insertado y participando del bien común<sup>395</sup>. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Ha sido creado para proteger al ser humano a fin de que pueda realizarse como persona.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y sustenta al hombre, ha generado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una indispensable revisión de sus supuestos, así como de toda la institucionalidad jurídica<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup> Es el pensamiento del profesor peruano Carlos Fernández Sessarego, en quién la presente investigación se inspira, que ha desarrollado en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus recientes trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 507.

<sup>394</sup> Entonces, “*la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto*”. Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006, pág. 112.

<sup>395</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, pág. 02.

<sup>396</sup> Permítase remitir a Agurto Gonzales, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 1059 y ss.

En efecto, la libertad es el *plus*, ese “algo más” que hace que el ser humano sea único, irrepetible, singular, idéntico a sí mismo. En una palabra, que posea dignidad<sup>397</sup>.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. El hombre va haciendo su vida, proyectándose al futuro, adquiriendo una propia identidad. La libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos. Libertad es, por ello, responsabilidad.

Entonces, la libertad es una, pero teóricamente la percibimos en dos instancias o momentos. El primero, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, el segundo, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la designamos, como está dicho, como libertad *fenoménica*.

La libertad está esencialmente vinculada a la vida. De ahí que podamos referirnos a “la vida de la libertad que somos”. La libertad, por ello, sólo se pierde con la muerte, cuando dejamos de existir. Mientras hay vida, la libertad está presente y actuante en cuanto núcleo existencial y sustento de la persona humana. Por consiguiente, al proteger la vida, el Derecho tutela simultáneamente su ser, que no es otro que la libertad. Proteger la vida equivale a tutelar el ser del ser humano existente.

El código civil de 1936, así como numerosos códigos civiles vigentes, no regulan el derecho que tiene toda persona, en cuanto ser libre, a decidir someterse a un tratamiento o a un examen médico o rehusar a ello. Se trata de una decisión de importancia desde que son numerosas las situaciones en las cuales una persona podría encontrarse en la disyuntiva de escoger entre la posibilidad de aceptar libremente un tratamiento indispensable para la conservación de su vida o rechazarlo, asumiendo en este caso el riesgo consiguiente. En esta situación se encuadra el conocido comportamiento de los Testigos de Jehová quienes, de acuerdo con sus creencias, se oponen a aceptar transfusiones de sangre no obstante que esta negativa pueda traer como consecuencia la muerte de la persona.

Respecto a la noción del **derecho al bienestar** supone el que la persona pueda disfrutar de un aceptable nivel en cuanto a la calidad de su vida. Para ello se requiere de la simultánea presencia de varios elementos necesarios para lograrla. El principal de ellos es, tal vez, la salud, entendida en su limitada o restringida noción de ausencia de enfermedad psicosomática. No obstante, ello no es suficiente para alcanzar un nivel de bienestar. Es importante que la persona

---

<sup>397</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pág. 508-509.

pueda disfrutar de equilibrio emocional, contar con un trabajo digno, ser propietaria de un lugar adecuado para vivir, poder alimentarse debidamente, sostener la educación de los hijos y poder realizar, hasta donde ello sea posible, su “proyecto de vida”.

La protección del bienestar o salud integral de la persona significa tutelar un preciado bien que le permite al ser humano desarrollarse y realizarse plenamente, con el goce de todos sus atributos psicosomáticos. Una lesión, que comprometa el bienestar o la salud integral de una persona disminuye comprensiblemente, en mayor o menor medida según su gravedad e intensidad, la posibilidad de vivir digna y adecuadamente, de realizar su proyecto existencial libremente escogido. En otros términos, lesiones psíquicas o somáticas inferidas a la persona afectan su calidad de vida. Frente a ellas, el ser humano sufre un daño a su bienestar.

De otro lado, el gozar de bienestar permite a la persona encontrarse en las mejores condiciones psicosomáticas para realizarse no sólo en la dimensión individual sino en su vertiente social, que implica servicio a la comunidad y un modo de desarrollo personal a través de su inserción social mediante el trabajo. No podemos olvidar, para estos efectos, que el ser humano tiene una estructura bidimensional, individual y social. La existencia es coexistencia.

La salud, entendida como ausencia de enfermedad, es un derecho fundamental de la persona que, en su más amplia acepción y tal como fuera puesto de relieve en 1946 por la Oficina Mundial de la Salud, resulta ser el principal ingrediente del genérico concepto de bienestar. La salud es un primario interés existencial que no sólo supone la ausencia de enfermedad sino, como se señala, integra el genérico derecho al bienestar. En este sentido, se consideró oportuno incorporar entre los derechos fundamentales de la persona el específico derecho a la salud.

La Constitución de 1993 no considera en el inciso 1º del artículo 2º a la salud como uno de los derechos fundamentales de la persona. Equivocadamente, en nuestro concepto, ubica el derecho a la salud en el Capítulo II titulado “De los derechos sociales y económicos”. La salud es primariamente, en nuestro concepto, un derecho personal. Por ello es que se consideró que este derecho debía incorporarse como uno de los derechos de la persona consagrados en el artículo 5º del Código Civil.

#### **4.- El derecho a la identidad personal**

La moderna concepción del ser humano, expuesta en el Perú principalmente por Carlos Fernández Sessarego, que se desarrolló a partir de la primera mitad del siglo XX, permite superar el planteamiento de que éste no se reduce a constituirse tan solo como un animal “racional”<sup>398</sup>.

---

<sup>398</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 28 y ss.

Lo que protege el “*Derecho*” es la libertad<sup>399</sup>, a fin de que cada ser humano pueda cumplir con su personal “*proyecto de vida*” dentro de la sociedad y participando del bien común<sup>400401</sup>.

El “*redescubrimiento*” de la calidad ontológica del **ser libertad**<sup>402</sup>, que constituye y sustenta al hombre, ha generado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica. La libertad es creativa, proyectiva<sup>403</sup>. El Derecho es una exigencia existencial desde que el ser humano es estructuralmente “*social*” o coexistencial<sup>404</sup>.

La identidad habíase jurídicamente encapsulado en el aspecto biológico del ser humano, aspecto al que se frecuentemente designarse con la expresión “*identificación*”. Solicitar a una persona que se identifique suponía que ella manifestase solo cuál era su nombre, se verificase sus huellas digitales y, en general, el que proporcionase los datos consignados en su documento de identidad.

En tiempos modernos se ha evidenciado que la identidad no se confunde con la identificación<sup>405</sup>, cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de

---

<sup>399</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza, Palestra editores, Lima, 2005, p. 110 y ss.

<sup>400</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi, atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza*, Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p. 229.

<sup>401</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 49 y ss.

<sup>402</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in Onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 755.

<sup>403</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Grijley, 2001, pág. 30.

<sup>404</sup> Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Ahora también en castellano, *La primera lección del Derecho*, traducción de Clara Álvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 25.

<sup>405</sup> Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: *Digesto, Discipline privatistiche, sezione civile*, IV edizione, volume IX, Utet, Turín, 1993, p. 3 y ss.

ser libre el ser humano está dotado de una identidad dinámica, la que está estructurada por las características de su personalidad<sup>406</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. En efecto, la persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es “*ser libertad*”<sup>407</sup>. La identidad personal supone ser “*uno mismo*” y no otro. La “*identidad*” del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica mediante un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de aspectos en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Es la “*verdad personal*”, el derecho a ser uno mismo<sup>408</sup>. La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona<sup>409</sup>, que permite reconocerse en el vivir comunitario. “Es la exigencia de ser uno mismo”<sup>410</sup>. No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona<sup>411</sup>.

El sujeto, la persona, libra una guerra civil consigo mismo para afirmar y reafirmar su identidad personal, dentro de la gama de las relaciones sociales-comunitarias. Es, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, padre de este derecho existencial en América Latina, un incesante combate, una lucha, con la finalidad que se le considere por los demás como tal, como verdaderamente es, sin desnaturalizaciones ni deformaciones<sup>412</sup>. La identidad es una compleja y

---

<sup>406</sup> Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Personalità (Diritti della)*, en: *Digesto*, Discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volumen XIII, Utet, Turín, 1996, pág. 432 y ss.

<sup>407</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare Diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall’Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p.231.

<sup>408</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 9.

<sup>409</sup> Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, volumen IX, Utet, Turín, 1993, p. 294.

<sup>410</sup> Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, *2. Persone e famiglia*, segunda edición, Utet, Turín, 1999, p. 146.

<sup>411</sup> Finocchiaro, Giusella, *Identità personale (diritto alla)*, en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Aggiornamento, Turín, 2010, p.725.

<sup>412</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultura Cuzco S.A., Lima, 1990, p. 61.

constante lucha para afirmar que “soy yo” y evitar caer en la multiplicidad de circunstancias y situaciones en las que cada persona tendría que expresar que “no soy yo mismo”, debido a que el ser humano no es una máquina, ni un autómatas, sino un ente que se hace deviene en toda su existencia”.

Es, en palabras de uno de los juristas italianos que más ha estudiado este derecho, Adriano de Cupis, el derecho a ser uno mismo, con nuestras propias características y acciones, que se constituye en la verdad de la persona, que no puede, en sí y por sí, ser destruida: que la verdad, por ser precisamente así, no puede ser eliminada<sup>413</sup>.

En esa línea, otro sector importante de la doctrina italiana (la experiencia jurídica en Europa donde más se ha ahondado sobre la materia), ha señalado que el derecho a la identidad personal es el derecho por el cual los aspectos del sujeto y de su vida sean tutelados en atención al principio de verdad, evitando sus distorsiones<sup>414</sup>.

En tal sentido, la identidad personal consiste en ser “uno mismo” y no otro, pese a su integración social. Este perfil de la existencia, que es la “mismidad” del ser, se erige como un primordial interés personal que exige la protección jurídica, al lado y de la misma forma que sucede con otros intereses fundamentales de la persona, como son la vida o la libertad<sup>415</sup>.

Tratar sobre el derecho a la identidad personal implica necesariamente hacer referencia de los desarrollos realizados por la cultura jurídica italiana, que fue la fuente de primordial para que Carlos Fernández Sessarego desarrollara su teoría sobre el referido derecho<sup>416</sup>, por lo que trataremos algunos de los aportes peninsulares sobre la materia.

---

<sup>413</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, p. 399.

<sup>414</sup> Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p. 148.

<sup>415</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: Nuevas Tendencias en el derecho de las personas, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 148.

<sup>416</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 52.

#### 4.1.- El aporte de la doctrina y jurisprudencia italiana

El derecho a la identidad personal en la experiencia italiana ha sido considerado como emergente, un nuevo derecho fundamental del sujeto, el producto de la jurisprudencia madurada a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado<sup>417</sup>.

Se puede encontrar que, ya en los años cincuenta y sesenta, comienza a evidenciarse una tendencia a superar la visión restrictiva, estática de la identidad, a favor de una perspectiva más amplia<sup>418</sup>. En esta impronta se puede encontrar, como una de las figuras mayores, a Adriano de Cupis (fallecido el 21 de octubre de 2005). Para este jurista el derecho a la identidad personal tiene por objeto un bien que constituye una cualidad, el modo de ser de la persona: la forma de ser *ser mismo*, que comprende también su relación con la sociedad, la comunitaria, donde vive<sup>419</sup>.

De acuerdo con el planteamiento de De Cupis, “el centro de la identidad personal es el interés de la persona en aparecer, en el plano social, como realmente es, por lo que la tutela de la identidad personal se realiza a través de la atribución a la persona del derecho al uso exclusivo de ciertos signos distintivos (nombre, pseudónimo, por ejemplo)<sup>420</sup>, en forma de excluir posibles confusiones con otros miembros de la sociedad. Así el derecho a la identidad personal es un derecho subjetivo de la persona, esencial e innato, de alcance general, y que encuentra su aplicación particular en la imagen, nombre, seudónimo y el derecho de rectificación. El interés de este derecho no es solo la identificación *erga omnes* de la persona, sino también a la *representación social* del sujeto, el interés por el cual la expresión personal no sea cambiada mediante la atribución incorrecta de determinados hechos o situaciones relacionados con su vida<sup>421</sup>.

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho<sup>422</sup>, la evolución de su concepción jurídica de la identidad personal en la cultura jurídica italiana se consolidó entre los fines de la década de los setenta y el inicio de los ochenta del siglo XX, como

---

<sup>417</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 35.

<sup>418</sup> Trucco, Laura, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, p. 208.

<sup>419</sup> De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, p. 403.

<sup>420</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 35.

<sup>421</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 36.

<sup>422</sup> Falzea, Angelo, *Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità*, en: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, 1985, p. 88.

consecuencia de la evolución jurisprudencia. Como bien anota Giorgio Pino<sup>423</sup>, de la primigenia consideración de la identidad como suma de signos distintivos, y por ende como individualidad “física” de la persona en el ámbito de un determinado contexto social, la doctrina italiana arriba a la noción de identidad como *individualidad personal*, vale decir como imagen social que el sujeto proyecta de sí mismo respecto al conjunto de las ideas, de las convicciones, de las posiciones políticas y todo lo que constituya expresión externa del patrimonio del sujeto. Como es evidente, esto representa un “salto de calidad”, lo que llevó al profesor Pietro Rescigno a declarar que puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad<sup>424</sup>.

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona<sup>425</sup>, diferenciándolo de sus manifestaciones particulares (especialmente el nombre).

A nivel jurisprudencial, fue la precursora sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974, el “acta bautismal del reconocimiento del derecho a la identidad personal en Italia”<sup>426</sup>. En esta sentencia se llega a declarar que “*el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a no ser desconocida la paternidad de las propias acciones y, especialmente, no atribuirse la paternidad de actos no suyos, y no ser alterada la propia personalidad individual*”<sup>427</sup>. En tal sentido, el “derecho a la identidad personal es el derecho de cada persona a ser representada, en la realidad social y en sus relaciones personales, con su verdadera esencia, así como es conocida

---

<sup>423</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 42.

<sup>424</sup> Rescigno, Pietro, Conclusioni, en: Alpa, Guido; Bessone, Mario y Boneschi, Luca (al cuidado de), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981, p. 189.

<sup>425</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 43.

<sup>426</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 65.

<sup>427</sup> Citada por Gambaro, Antonio, *Diritti della personalità*, en: *Rivista di Diritto Civile*, parte II, Cedam, Padua, 1981, p. 519.

en el contexto en que vive y desarrolla su vida”<sup>428</sup>. Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como fue Stefano Rodotà<sup>429</sup>, que la identidad personal es un cuestión abierta en el tiempo.

Otro de los pasajes neurálgicos del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la identidad fue la sentencia n° 3769 emitida en la Corte de Casación del 22 de junio de 1985. En este pronunciamiento la suprema magistratura manifestó que “*cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta en el realidad social, general y particular, es conocida o podía ser conocida con los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse al exterior alterado, cambiado, en el contexto de su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc.*”<sup>430</sup>.

También la Corte Constitucional de Italia, mediante sentencia n°13 del 3 de febrero de 1994 estableció que el derecho a la identidad personal “constituye un bien por sí mismo, independientemente de la condición personal y social, de las virtudes y de los defectos del sujeto, por lo que se le reconoce el derecho a que su individualidad sea preservada”<sup>431</sup>.

#### **4.2.- La perspectiva peruana. El planteamiento original de Carlos Fernández Sessarego: la identidad estática y la dinámica**

El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de los países latinoamericanos a la década de los años ochenta del siglo XX. Es sólo en la última década del referido siglo donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona. Es el libro del recordado maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

Para Fernández Sessarego<sup>432</sup> la identidad personal se presenta como un primordial interés existencial que merece tutela jurídica. Es, por ende, una situación jurídica por la cual el sujeto

---

<sup>428</sup> Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, quinta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2019, p. 171.

<sup>429</sup> Rodotà, Stefano, *Diritto d'amore*, Editori Laterza, Bari, 2017, p.128.

<sup>430</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 79.

<sup>431</sup> Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 95.

<sup>432</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, p. 117.

tiene el derecho a ser representado fielmente en su protección social. Teniendo el sujeto el derecho a que se le conozca y defina de acuerdo con su “*verdad personal*”, tal como es, sin desfiguraciones, sin alteraciones, sin falseamientos, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus características, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser “*el mismo*” y no “*otro*”. Supone, entonces, este derecho la exigencia del respeto de la propia biografía.

La identidad personal, de acuerdo con la teoría del jusfilósofo peruano, posee dos tipos de componentes que integran una unidad inescindible. Surge como resultado de una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son elementos que conforman la **identidad estática** en cuanto ella es invariable. No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la persona. Estos datos, a diferencia de los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la persona constituye el **elemento dinámico de la identidad**, que se encuentra compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del ser humano, entre otros. Este conjunto de características que individualizan a la persona se exterioriza, proyectándose al mundo social y permiten a los demás identificar al sujeto en la comunidad. La identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como “*identificación*”, noción que no abarca los aspectos propios de la persona. La identidad personal, abarcando también la identidad sexual<sup>433</sup>, es una noción comprensiva de todas las calidades del ser humano.

Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana de 1993 se abre un nuevo capítulo en la constante evolución de los derechos de la persona en el Perú. No obstante, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, si bien no fue posible que el

---

<sup>433</sup> Sobre el tema de la identidad sexual, en relación a la problemática del transexualismo, véase a Patti, Salvatore, *Transsexualismo*, en: Digesto, IV edizione, volumen XIX, sezione civile, Utet, Turín, 1999, pág. 416. Stanzione, Pasquale, *Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982*, en: Observatorio de Derecho Civil, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010, pág. 213 y ss.

derecho a la identidad personal fuera regulado por el Código Civil de 1984, fue introducido dentro del numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993<sup>434</sup>, por influencia suya<sup>435</sup>.

## 5.- El derecho al honor, intimidad, imagen y a la voz

El **derecho al honor** encuentra su sustento en la conciencia de su dignidad, en su calidad moral y en la autoestima de la persona. Ello le impele, naturalmente, al cumplimiento de sus deberes para con los demás y para consigo mismo. El hombre de honor es un severo cumplidor de sus obligaciones, tiende a ser veraz, a mantener la palabra empeñada, a la transparencia de sus actividades, a mantener una conducta ética impecable.

El honor es el íntimo y raigal valor moral de la persona. Es un valioso bien, un sentimiento arraigado en su ser, una profunda convicción que merece la mayor protección del Derecho.

El honor de las personas es un bien que se concreta no sólo en ser exigente consigo mismo sino que, socialmente, se manifiesta en el respeto y consideración que se merecen los demás. Quien tiene conciencia de su propio honor actúa, en relación con los demás seres humanos, como si también detentaran este inestimable sentimiento del ser humano.

El derecho al honor, como en el caso de los derechos a la vida, a la libertad o la integridad psicosomática, no fue materia de tutela y regulación jurídica ni en la Constitución peruana de 1933 ni en el derogado Código Civil de 1936. La concepción preponderante de corte patrimonialista podría explicar, en parte, esta omisión. Es recién con el Código Civil de 1984 que se introduce en su artículo 5° el derecho al honor como uno de los derechos fundamentales del ser humano al lado de los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad psicosomática.

La vigente Constitución peruana de 1993 no ubica el derecho al honor entre los derechos fundamentales antes referidos en el mencionado artículo 5° del Código Civil sino en el inciso 7 de su artículo 2° al lado de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la imagen y a la voz.

---

<sup>434</sup> Uno de los más notables civilistas peruanos, el Prof. Yuri Vega Mere señala que “el afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción [...]”: Vega Mere, Yuri, “Personas naturales: nuevas propuestas”, en Walter Gutiérrez Camacho (ed.), *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 54.

<sup>435</sup> “La Constitución de 1993 tuvo también inspiraciones audaces. Por ejemplo, el moderno derecho a la identidad fue introducido por Carlos Torres y Torres Lara a iniciativa de Carlos Fernández Sessarego”: Ramos Núñez, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, p. 110.

Se advierte, de esta manera, la escasa relevancia que para los constituyentes de 1993 tuvo la protección del honor. Lamentablemente, esta misma situación se presentó en la derogada Constitución de 1979, a raíz de un autogolpe de Estado perpetrado en 1992, donde no figura tampoco al lado de los derechos fundamentales sino se le relega en el inciso 5 del artículo 2° de dicho cuerpo legal.

La actitud legislativa antes referida contrasta con la asumida por el Código Civil vigente de 1984 donde el derecho al honor se ubica en el artículo 5° al lado de los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la integridad psicosomática.

El artículo 14° del Código Civil peruano atinente al **derecho a la intimidad** personal y familiar tiene, como parciales antecedentes, el artículo 80 del Código Civil de Portugal, de 1967, y el artículo 18° del Código Civil de Bolivia de 1975.

Como se expresa en la Exposición de Motivos del Código de 1984, *“la persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados”*<sup>436</sup>. Fue esta convicción la que llevó al codificador peruano de 1984 a incorporar en el Código Civil el derecho a la protección de la intimidad personal y familiar, pese a que eran escasos los antecedentes legislativos en la materia, aunque, por el contrario, era numerosos los casos protegidos por la jurisprudencia comparada de los países más desarrollados y con mayor tradición jurídica.

Cabe por ello reiterar que el código civil peruano de 1984 es uno de los pocos códigos civiles vigentes que acoge en su articulado el derecho a la intimidad personal y familiar. A pesar de que, como está dicho, son escasos los códigos civiles que cuentan entre sus normas con una expresa que proteja la intimidad, se debe a la jurisprudencia de muchos países el que haya consagrado su tutela, fundándose para ello en la cláusula general y abierta de protección de los intereses existenciales o derechos naturales consubstanciales con la dignidad misma del ser humano. Es decir, como lo hemos reiterado, de aquellos derechos que son inherentes a su naturaleza y que, por ello, no requieren, necesariamente, de una específica norma que los tutele.

El artículo 15° del Código Civil, que contiene el **derecho a la imagen**, regula la institución en el sentido que nadie puede aprovecharse de la imagen ajena sin su autorización o, si ha fallecido, con la de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, excluyentemente

---

<sup>436</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil*, décima edición, pp. 75-76.

y en este orden. Este es un principio que recibe el tradicional respaldo de la legislación y la jurisprudencia comparada.

Sin embargo, como se precisa en el segundo párrafo del referido artículo 15°, el asentimiento no es necesario en diversas circunstancias mencionadas en el texto del numeral. La utilización de la imagen sin asentimiento de la persona se justifica por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos científicos, didácticos o culturales que se relacionen con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Como se expresa en la Exposición de Motivos a propósito de este derecho, la *“notoriedad lograda por la persona en mérito a un reconocimiento de la opinión pública hace presumir que, al buscar y requerir dicho apoyo, presta su anticipado y tácito asentimiento a la publicidad de su propia imagen o al aprovechamiento de su voz”*. En estas circunstancias se encuentran, entre otros, los artistas, los políticos y los deportistas, desde que ellos actúan en público y a él deben su éxito, su prestigio y su fama.

Otra situación considerada en el artículo 15° es aquella en la cual la persona, por desempeñar un cargo público o la representación de una comunidad, debe mantener contacto, establecer un diálogo con el grupo que representa. Es, por ello que, quien acepta desempeñar alguna de estas actividades está también anticipando un tácito asentimiento a la exposición de su imagen en conexión con la función que le ha sido encargada.

Otras situaciones consideradas en el artículo 15° son aquellas en las que está en juego el interés público o el legítimo derecho a la información. Es un derecho de la comunidad cuando se trata de hechos de importancia. En la primera de estas hipótesis debe tenerse en cuenta aquella derivada de requerimientos judiciales o policiales. Por ello, en ciertas oportunidades vemos en carteles expuestos al público la imagen de un peligroso delincuente que es buscado por las autoridades y, en algunos casos, se ofrece una recompensa a quien proporcione noticias sobre su paradero.

Una segunda hipótesis es aquella que se refiere al legítimo interés de la comunidad a estar informada de hechos de importancia ocurridos en su seno. Es lógico que la imagen que se expone en ceremonias, hechos o actos públicos de índole política, científica o cultural, pueda captarse sin violar el derecho a la imagen. La persona, al exponerse en público, está aceptando la captación de su imagen vinculada a tal acontecimiento.

Existe, sin embargo, una excepción relacionada con lo anteriormente expresado. Se trata de aquella en la cual la exposición de la imagen atenta contra el honor, el decoro o la reputación de la persona. Por ejemplo, podría tratarse de la captación de la imagen de un honorable congresista en estado de embriaguez en un lugar público. En la Exposición de Motivos se hace

referencia a esta situación al señalar que la utilización de la imagen se debe hacer “*dentro de los límites del respeto al honor de la persona*”.

Como se advierte, corresponde al juez, en cada caso, evaluar si se ha violado el derecho a la voz o a la imagen o, si más bien, la situación se encuadra dentro de las mencionadas excepciones al principio general. O, también, ponderar si la captación de la imagen daña el honor, el decoro o la reputación de la persona.

El Código Civil peruano es uno de los pocos códigos civiles que tutela la **voz**. En cualquier caso, es el primero en el área latinoamericana que lo incluye entre los derechos de la persona al lado del derecho a la imagen. El derecho a la voz, sólo es recogido en muy pocos códigos civiles.

La Constitución peruana de 1993, siguiendo el modelo del Código Civil de 1984, tutela el derecho a la voz en el inciso 7º de su artículo 2º. De este derecho no se ocupaba, en cambio, la derogada Constitución de 1979 ni, por supuesto, el Código Civil de 1936. De ahí que la incorporación de este nuevo derecho subjetivo dentro del ordenamiento jurídico positivo nacional significa un elocuente desarrollo del Derecho de las Personas en el Perú del siglo XX.

La voz es una de las múltiples manifestaciones que se combinan, como en un gran mosaico, para determinar la identidad de cada cual. El llamado “timbre” de voz permite a los expertos aproximarse a la identidad de una persona. Pero simultáneamente la protección jurídica de la voz se halla ligada a la tutela de la intimidad.

La voz, como la imagen o el nombre, integran el más amplio concepto de identidad. Cualquiera de ellos se constituye como un medio idóneo para individualizar a la persona.

## **6.- El derecho al nombre y al domicilio**

La evolución en el tratamiento normativo del Derecho de las Personas en el Perú del siglo XX, que se concreta de modo elocuente en el Código Civil de 1984, se advierte de manera notoria en el caso de las instituciones referentes al **nombre** y al domicilio si se les compara, sobre todo, con las normas que las regulaban en el Código Civil de 1936. Ambos temas son tratados por separado en el Código Civil de 1984 pues ello es “*debido a la especial importancia que éstos revisten y a la amplia tutela que el código les brinda*”.

En lo que atañe específicamente al nombre, es del caso recordar que en el derogado Código Civil de 1936 la materia referente a esta institución se hallaba tratada asistemáticamente. Sus normas reguladoras carecían de organicidad, se encontraban desperdigadas dentro del Código. Esta situación cambió radicalmente en 1984, en la medida que el Código Civil promulgado en ese año reunió sistemáticamente, en el Título III de la Sección Primera del Libro

de Derecho de las Personas, todas las disposiciones que se contraen a regular las diversas situaciones referentes al nombre. Es el caso, entre otros, del nombre de los hijos matrimoniales, de los extramatrimoniales, de los adoptados o de aquéllos cuyos progenitores se desconocen. Del mismo modo, se regula sistemáticamente los casos del nombre de la mujer separada, de la divorciada o de la viuda.

Es importante señalar que el artículo 19º establece que llevar un nombre no sólo constituía un derecho, sino que, simultáneamente, conllevaba también un deber a cargo de su titular. Se expresaba así, con esta ocasión, que no existen ni derechos ni deberes absolutos, ilimitados en cuanto a su ejercicio, sino que todo derecho lleva ínsito un deber y, al mismo tiempo, todo deber entraña también un derecho. Es decir, nos referimos a lo que la doctrina de vanguardia designa como “*situación jurídica subjetiva*”.

El vigente artículo 19º tiene el siguiente texto:

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

Una de las innovaciones que el Código Civil de 1984 consigna en cuanto al nombre es la de haber precisado que la mujer casada tiene el derecho, más no el deber, de llevar el apellido del marido.

Respecto al **domicilio** son diversas las innovaciones que recoge el Código Civil de 1984 si se le compara con su predecesor de 1936. Ellas marcan una definida evolución en esta materia si se tiene en consideración el contradictorio tratamiento otorgado a la institución en el pasado.

Así, cabe destacar el hecho que, para constituir el domicilio, el código de 1984 considera que sólo es necesario el elemento objetivo que se expresa por la “*residencia habitual*” de la persona en un lugar. De este modo, se desestimó, por innecesario, el elemento subjetivo o animus, al que el Código Civil de 1936 aludía como elemento adicional para constituir el domicilio con la expresión de “ánimo de permanecer en él”. Es fácil de imaginar las dificultades, a menudo insalvables, que se presentan para penetrar en la subjetividad de una persona.

Dentro de esta misma tónica en el Código Civil vigente, y a diferencia del de 1936, se prescindió del deber de formular declaración expresa y formal ante la Municipalidad del lugar de la residencia de una persona cuando se decidía un cambio de domicilio. En el Código derogado se prescribía que, si no se cumplía con dicha declaración, la persona debía permanecer en el nuevo lugar por un plazo de dos años antes de que se pudiera constituir como el nuevo domicilio. Se presumía que este prolongado lapso servía para probar que la persona tenía, realmente, el “ánimo” de permanecer en él. Esta presunción es inconsistente pues el único elemento que denota el

domicilio es el hecho, real y fácilmente verificable, de la permanencia habitual de la persona en un determinado lugar.

El artículo 19º del derogado Código Civil de 1936, en efecto, establecía lo siguiente a propósito de la constitución y del cambio del domicilio:

*“Artículo 19º.- El domicilio se constituye por la residencia en un lugar con el ánimo de permanecer en él”.*

En lo que concierne al cambio de domicilio la siguiente era la fórmula empleada por el Código de 1936:

*“Artículo 22º. Se cambia de domicilio por declaración expresa ante la Municipalidad o por el transcurso de dos años de residencia voluntaria en otro lugar”.*

Estas dos situaciones son tratadas en forma normativamente diversas por el Código Civil de 1984. En cuanto a la constitución del domicilio el texto vigente es el siguiente:

*“Artículo 33º.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar”.*

El cambio de domicilio es normado por el artículo 39º del Código Civil de 1984 en la siguiente forma:

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

En ambas hipótesis ha sido desterrado para la constitución del domicilio el elemento subjetivo, o sea, el llamado “ánimo de permanecer en él”. Se ha simplificado, de esta manera, su determinación al requerirse sólo el hecho comprobable de permanecer habitualmente en un lugar, sin necesidad de penetrar en el insondable mundo de la subjetividad del sujeto.

## **7.- El daño a la persona**

El “*daño a la persona*” supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Por tanto, son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al soma o cuerpo en sentido estricto, y a la psique. Pero, sobre todo, debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al *ejercicio* de la libertad en cuanto expresión de una decisión subjetivamente libre.

El concepto de “daño a la persona”, si bien de raíces francesas, ha sido desarrollado en forma extensa y dedicada en la experiencia italiana. A partir de notables antecedentes en el siglo XIX con la obra de Melchiorre Gioia o los notables aportes en los años cincuenta y sesenta del siglo XX de Cesare Gerin y Guido Gentile, es en la década de los setenta del siglo pasado.

En efecto, es necesario resaltar la gran atención dedicada por parte de la doctrina jurídica italiana a los diversos supuestos de daño que afectan a la persona. Diversas Escuelas como las de Génova (con su formulación del “daño biológico”), Pisa (con el advenimiento del “daño a la salud”), Trieste (con la creación del “daño existencial), así como los valiosos aportes de la Escuela Turinesa y de Bolonia, han prodigado un empeño extraordinario bajo el perfil de ahondamiento teórico acompañado por una no frecuente capacidad para influenciar en los pronunciamientos jurisprudenciales.

Este aporte de la doctrina italiana fue recogido en la experiencia peruana por el Prof. Carlos Fernández Sessarego. Este jusfilósofo y jurista lo consagró legislativamente en el artículo 1985 del código civil peruano de 1984, gracias a su labor como miembro de la comisión redactora del referido cuerpo normativo. No obstante, si bien el modelo peruano de daño a la persona se inspira en los desarrollos en la materia realizados en Italia, al no tropezar con los problemas legislativos que, en su caso, encontró el modelo italiano por obra del artículo 2059 *del codice civile*, ha tenido la libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde itálico. El modelo de daño a la persona en la experiencia peruana se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Por ello, es que considera dos categorías generales de “daño a la persona”. La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano (el denominado “daño psicosomático” y sus especies: daño biológico, daño a la salud o daño al bienestar, daño existencial, daño psíquico, daño moral y daño por mobbing). La segunda forma de daño a la persona es la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

La concepción del “proyecto de vida” nos presenta una nueva dimensión acerca del ejercicio del derecho a la vida, pues ahora no debemos concebir la violación de este derecho solamente al ámbito de la comisión de un homicidio, sino también cuando se han mermado las posibilidades de llevar a cabo una vida digna, una vida en la cual la persona tenga la posibilidad de realizarse como tal y no existan obstáculos que anulen su desenvolvimiento.

De tal modo, que la teoría del “daño al proyecto de vida” hace referencia al daño que acarrea como consecuencia un colapso psicosomático de tal magnitud para el sujeto que afecta su libertad, que lo frustra. El impacto psicosomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto

experimente un “vacío existencial”. Este tipo de daño incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un perjuicio de tal magnitud que afecta la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única "manera de ser". No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El “daño al proyecto de vida” es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital”.

Esta teoría es un aporte del Prof. Carlos Fernández Sessarego, formulado en 1985, fue acogida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de diversos países de América Latina y, por ende, también en el Perú.

## **7.1.- La experiencia italiana**

### **7.1.1.- Los orígenes**

La responsabilidad civil, o mejor en su concepción moderna de “derecho de daños”, como instrumento del derecho privado contemporáneo que busca la tutela de los derechos de las personas, vulnerados por las diversas y múltiples situaciones perjudiciales que se presentan, mediante el advenimiento del reconocimiento del daño a la persona, en tanto “*es un capítulo de la más vasta historia de los derechos del hombre*”<sup>437</sup>, que ha revolucionado la visión de la función protectora de la persona humana en el Derecho, presentándose como el lugar de tutela de la nueva responsabilidad civil<sup>438</sup>.

Una de las experiencias que ha sido más sensible a estas transformaciones y que ha desarrollado los diversos aspectos de esta institución, cuya evolución continua en nuestros días, es el modelo italiano. En efecto, es en la península itálica, como nos recuerda el Prof. Salvatore Patti<sup>439</sup>, donde se ha dedicado mayor atención a los diversos supuestos del daño que conciernen a

---

<sup>437</sup> Galgano, Francesco, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, en: *Contratto e impresa*, n. 04-05, año XXV, Cedam, Padua, 2009, p. 883.

<sup>438</sup> Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, tercera edición, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 53.

<sup>439</sup> Patti, Salvatore, *Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*, en: *Il Corriere Giuridico*, n. 03, Ipsa, Milán, 2009, p. 447.

la persona humana y su bienestar. Sus diversas Escuelas, la turinesa, de Bolonia, pero especialmente las de Génova, Pisa y Trieste, han realizado un trabajo extraordinario de ahondamiento teórico de la materia, acompañado por una no frecuente capacidad de influenciar en los pronunciamientos jurisprudenciales italianos.

En las siguientes páginas dedicaremos nuestra atención a los “*antepasados*” del aporte italiano en materia de daño a la persona. Así los nombres de Melchiorre Gioia, Cesare Gerin y Guido Gentile se presentan como notables precursores de los desarrollos de las diversas escuelas peninsulares en materia de daños al ser humano.

#### **7.1.1.1.- El aporte de Melchiorre Gioia**

Si bien el tema del daño a la persona, como institución con carta de ciudadanía propia dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es reciente, el estudio de este tiene algunos antecedentes remotos. En efecto, debemos mencionar la obra de Melchiorre Gioia (Piacenza, 20 de septiembre de 1767 – Milán, 02 de enero de 1829), quien en su célebre “*Dell’ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*” de 1821 manifestó, respecto al daño a la persona, que “*si bien es antiguo como la especie humana, presenta aún hoy notables y complejas dificultades, en cuanto a los daños se renuevan todos los días e inciertas son las bases para calcularlos*”<sup>440</sup>.

Gioia, economista, político, intelectual italiano de pensamiento enciclopédico y padre de la estadística, además de patriota<sup>441</sup>, en su valiosa obra citada, criticaba la noción del resarcimiento en boga en sus tiempos, que consideraba angosta e inadecuada. Ello, por cuanto la visión de Gioia partía desde una perspectiva antropológica, donde el hombre “*no está, en efecto, limitado a la existencia física y actual, en el gozar y el sufrir; sino es susceptible de una amplia previsión, él vive en los tiempos que no alcanza aún, piensa en pérdidas aún lejanas, medita en eventos futuros, es sensible a situaciones que suceden a mil millas de él; por ende, las esperanzas y los temores se avencinan en su ánimo, y/o la alegría o la tristeza lo colman, según que el sentimiento de la seguridad a todos los puntos de su ideal existencial se extiendan, o a algunos solamente*”.

En la obra de Gioia, se pasa del patrimonio al cuerpo, del sufrimiento moral a la consideración atenta de todo lo que empobrece, altera y compromete la existencia humana.

---

<sup>440</sup> Gioia, Melchiorre, *Dell’ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* (1821), precedido por un elogio histórico del autor de G.D. Romagnosi, Lugano, Ruggia y C., 1833, p. XXIII.

<sup>441</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, en: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè editore, fascículo I, año L, Milán, 1996, p. 01.

Sintetizó el panorama de la reparación de los daños de su tiempo, en los siguientes aspectos:

- a) Faltaban las bases precisas para calcular la satisfacción en toda generación de “injurias”;
- b) Se hacía uso de algunas bases erróneas de injusticia;
- c) Se dejaba sin satisfacción gran parte de los daños;
- d) Hasta en ese entonces – 1821 – era confusa y oscura la idea del daño en la mente de los comentaristas. Estos restringían el daño al objeto material, disminuido o destruido.

Como es evidente, muchas de estas apreciaciones de Gioia son actuales en nuestros ordenamientos que tienen que reparar los diversos perjuicios y situaciones peyorativas que se infringen al destinatario del Derecho, vale decir la persona humana.

Como nos indica Guido Alpa<sup>442</sup>, la investigación de Gioia tiene naturaleza esencialmente práctica, estimativa: un presupuesto de ésta es la definición de “injuria”, en cuanto daño, en sus diversos aspectos, materiales y morales, pero la finalidad del análisis consistía en la identificación de los criterios de reparación del daño emergente, del lucro cesante y de los aspectos de la persona que podían definirse como morales o ideales.

La “injuria” es comprendida, en la visión gioiana, en sentido de englobar cualquier daño ocasionado a la persona. El intelectual piacentino se preocupó en identificar las causas que limitan o corrompen la estima que goza la persona en el ambiente en que vive y se desarrolla, y trata los modos y formas utilizados para generar el daño (palabras, escritos, lenguaje simbólico, violencia contra las personas y las cosas).

En cuanto a los presupuestos de la reparación, Gioia analiza la noción de daño comprendido en sus dos componentes, ya sea como daño emergente (disminución ocasionada en nuestro bienestar) y de lucro cesante (todo aumento impedido de nuestro bienestar). Ambos no se hubieran presentado, siguiendo el curso ordinario de las cosas, si no se habría producido el daño.

Para algunos, el gran mérito por el cual Gioia ha pasado a la posteridad es su enunciación cristalina de las reglas resarcitorias en materia de daño patrimonial: daño emergente, lucro

---

<sup>442</sup> Alpa, Guido (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, Nuova Giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale, Colección fundada por Walter Bigiavi y dirigida por G. Alpa, U. Breccia, G. Bonilini, F. Carinci, M. Confortini, A. Iannarelli, M. Sesta, G. Cottino, O. Cagnasso, Utet Giuridica, Turín, 2010, p. 60.

cesante, reducción de la capacidad laboral. Estableció, así, la “regla del zapatero”: “*Un zapatero, por ejemplo, elabora dos zapatos y un cuarto al día: ustedes han dañado su mano en modo que no logrará más hacer un zapato: ustedes le deben el valor de la fabricación de un zapato, y un cuarto multiplicado por el número de días que le restan de vida, menos los días festivos. El número de días que quedan a cada individuo, en cuanto es notorio la edad, como resultado de los indicadores de mortalidad que actualmente todos conocen*”<sup>443</sup>. Como es notorio, la atención moderna es concentrada en los denominados “*daños no patrimoniales*”, y no sin grandes motivos. Este cambio, coherente con las transformaciones de la sensibilidad social y colectiva, no debe, sin embargo, hacer olvidar la austera concreción del daño patrimonial.

Sobre esta regla simple, se ha dirigido el sistema de reparación del daño a la persona en Italia hasta los años 70 del siglo XX, concluyendo con la liquidación, según el modelo del daño a la salud<sup>444</sup>.

Gioia realizó un minucioso análisis de los tipos de daño y de los criterios por los cuales calcularlos. No todos los daños (vale decir, los tipos de lesión) son considerados en el mismo plano: para el estudioso italiano el daño moral es más importante que el daño patrimonial, el daño derivado de una ofensa al honor es más importante que el daño a las cosas.

Por ello, en su sistema es central la *satisfacción*<sup>445</sup>, es decir la reparación del daño: “*La satisfacción es completa cuando se extiende a los lucros cesantes como a los daños emergentes; cuando se proporciona a su número, a su especie, a su intensidad; cuando repara sus consecuencias físicas y morales; cuando suministra, compensa las sensaciones dolorosas, acompañadas por aparentes sensibilidades, que por las sensaciones dolorosas se producen. En suma, ya que la palabra “daño” no encierra solamente las alteraciones en el sistema invisible de los sentimientos, si la satisfacción debe ser completa, a las unas debe extenderse, así como a las otras*”.

Gioia estableció que la satisfacción debe ser *igual* al daño: esto expresa una concepción original para la época, porque, como es conocido, la reparación ha sido considerada por siglos como un simple paliativo de la integral satisfacción y como, en la selección de los daños

---

<sup>443</sup> Gioia, Melchiorre, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, p.167.

<sup>444</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno risarcibile*, en: *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por M. Franzoni, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2010, p. 349.

<sup>445</sup> Así lo anota Guido Alpa en: *La responsabilità civile. Parte Generale*, p. 61.

relevantes, en la mayor parte de los casos la reparación resulta sólo parcialmente satisfactoria para la víctima.

Nuestro autor logró elaborar una minuciosa clasificación práctica de los daños y de los métodos para cuantificarlos. La atención de Gioia se alejó de las reglas de los códigos del siglo XIX, donde estas existían, que crítica con fundamento, ya sea en los casos en que se confiaba a la equidad la valoración del daño, como en lo que se fijaban los criterios más precisos, para Gioia estos eran mecánicos y arbitrarios.

En el caso del daño a la persona, es decir en la lesión a la integridad física, Gioia afirmó que los sufrimientos merecen ser “compensados”, que deben ser “*iguales al producto resultante de la multiplicación de la intensidad de la duración*”.

Gioia para calcular el daño físico sufrido por la víctima, utilizaba un doble parámetro, el tiempo que estadísticamente la víctima podrá aún vivir y el rédito percibido. La suma resarcitoria variaba en razón de la edad y de la profesión u ocupación de la víctima. Como indica Alpa<sup>446</sup>, si se contemplan las tablas utilizadas por muchos tribunales modernos, los criterios se corresponden perfectamente.

Muchos de los temas que son materia de debate jurídico en el área del daño a la persona encuentran en Gioia un agudo precursor<sup>447</sup>, aunque no podemos olvidar, como nos recuerda un notable historiador del Derecho, como es el Prof. Giovanni Cazzetta<sup>448</sup>, que la obra del intelectual italiano estaba, en primer lugar, íntimamente ligada con el fundamento y las funciones atribuidas a la responsabilidad civil en su tiempo, respecto a la configuración de la sociedad civil como una especie de sociedad asegurativa, que respondía a las exigencias de justicia distributiva, tutelando al individuo injustamente víctima de daños. Un segundo aspecto en su obra, comprensible en el espíritu burgués del modelo de responsabilidad dominante, tendía a “monetizar” toda

---

<sup>446</sup> Alpa, Guido, *La responsabilità civile. Parte Generale*, p. 62.

<sup>447</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, G.Giappichelli editore, Turín, 2001, p. 59.

<sup>448</sup> Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università degli Studi di Firenze, Florencia, 1990, p. 59.

“perturbación del espíritu”, “reduciendo a cálculos los sentimientos morales” en la valoración de todo bien no patrimonial, en una visión del resarcimiento milimétrica del daño en su integridad<sup>449</sup>.

Tampoco debemos dejar de mencionar, en la valoración del aporte de Gioia, lo manifestado por Guido Alpa. Para el profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, conviene recordar en Gioia no tanto sus ideas como jurista, sino sus aspectos de estudioso de la estadística. Precisamente, el estudioso italiano es el prototipo del científico que logró tratar problemas que hasta entonces eran monopolios de los juristas (del derecho romano a los codificadores del siglo XIX) con una visión y con soluciones no jurídicas, vale decir no formales. En efecto, son los resultados estadísticos que explican qué daños deben ser reparados, cómo deben ser cuantificados y cuál el rol tiene en la reparación la aseguración de la responsabilidad civil y la aseguración contra los daños. Por ende, es una moderna perspectiva, que será retomada sólo después de un siglo, cuando se comenzó a pensarse en los problemas jurídicos desde una óptica económica<sup>450</sup>.

#### **7.1.1.2. – El planteamiento de Cesare Gerin.**

El notable médico-legista Cesare Gerin, introdujo el concepto de “validez” del hombre, comprendido como valor económico en sí considerado, y por ende bien resarcible, al comprobarse el perjuicio a la función de un determinado órgano, independientemente de los efectos en el ámbito laboral<sup>451</sup>. Así, en 1952, en el desarrollo de unas famosas jornadas médico-legales en Trieste, Gerin expuso su célebre teoría sobre los daños a la integridad física del ser humano. Para el estudioso italiano, la integridad física representaría un valor patrimonial económicamente valorable, en cuanto el hombre de por sí constituiría un valor capital. De tal modo, el hombre es el artífice de la riqueza nacional y, al mismo tiempo, es el depositario de esta. Por ende, la reparación del daño no debe tener, según Gerin, en cuenta solamente la lesión, sino todas las consecuencias perjudiciales<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Per la Storia del pensiero giuridico moderno, volumen 40, Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia – Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffrè editore, Milán, 1991, p. 65.

<sup>450</sup> Alpa, Guido (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, p. 59.

<sup>451</sup> Papi, Luigi, *Lo stato anteriore e le macromenomazioni*, en: La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, Edizioni ETS, Pisa, 2005, p. 37.

<sup>452</sup> Gerin, Cesare, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, en: Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, I.N.A.I.L., Roma, 1953, p. 394 y ss.

Como recuerda Busnelli, la teoría de Gerin fue liquidada por la doctrina más importante de esa época en materia de responsabilidad civil, representada por Adriano de Cupis<sup>453</sup>, quien consideró el planteamiento geriniano como un intento ingenuo y errado de encontrar un fundamento jurídico a una aspiración que, para el derecho positivo, no puede ser satisfecha.

No obstante, este juicio crítico del maestro italiano no fue compartido totalmente por la doctrina. Como nos señala nuevamente Busnelli, juristas como Edoardo Bonasi Benucci<sup>454</sup>, admitieron con mucha claridad los aspectos positivos del aporte de Gerin sobre la “valoración”, concluyendo que su propuesta de fijar un valor a la integridad física igual para todos no podía ser negada *a priori*, pues portaba una apreciable contribución a la solución del problema de los daños a la persona.

### 7.1.1.3. - La contribución de Guido Gentile

“*La valoración del daño a la persona presenta el más arduo de los problemas en el vasto campo de la responsabilidad civil*”, así iniciaba su famoso trabajo sobre la materia de los daños a la persona, el notable abogado milanés y fundador de la famosa revista italiana *Responsabilità civile e previdenza*, Guido Gentile<sup>455</sup>. En efecto, por primera vez en una enciclopedia jurídica y en un ensayo de más de cuarenta páginas, Gentile trata de un área, como la reparación del daño a la persona que, si bien estuvo presente en la práctica jurídica, no era considerado digno de preocupación por parte de la doctrina italiana. Por cuanto, la concepción de los daños a la persona, como universo en expansión<sup>456</sup>, revolucionó el planteamiento conceptual y la misma sistemática del sistema de la responsabilidad civil<sup>457</sup>, exigiendo soluciones unívocas y metodológicamente correctas, cuya reparación, dentro de la moderna protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona, no puede ser puesta en duda, con lo que la liquidación y valoración

---

<sup>453</sup> De Cupis, Adriano, *Il valore economico della persona umana*, en: Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Giuffrè editore, Milán, 1956, p. 1264 y ss.

<sup>454</sup> Bonasi Benucci, Edoardo, *La responsabilità civile*, Milán, Giuffrè editore, 1955, p. 69.

<sup>455</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, en: Enciclopedia del Diritto, volumen XI, Giuffrè editore, Milán, 1962, p. 634.

<sup>456</sup> Galgano, Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en: Contratto e impresa, n. 01, año I, Cedam, Padua, 1985, p. 01.

<sup>457</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, n. 11, Utet Giuridica, Turín, noviembre del 2009, p. 897.

de los daños a la persona se convierte en una cuestión esencial de los ordenamientos jurídicos modernos<sup>458</sup>.

El pasaje de una sociedad de pequeños propietarios, típica de la ideología y tiempo del *Code Napoléon*, a una basada prevalentemente en las ganancias del trabajo, el descubrimiento de una concepción humana de la responsabilidad civil que establezca una correcta relación entre el daño y la persona, la intensificación de las situaciones de daño a la persona en una economía postindustrial, caracterizada por el creciente dinamismo de las relaciones y los negocios<sup>459</sup>, impulsaron a estudiosos como Gentile a evidenciar el cambio de una concepción estática, concentrada en el daño al patrimonio, a una perspectiva dinámica, caracterizada por las múltiples ocasiones de daños a la persona en una sociedad postindustrial y por la producción frecuente y gravedad de esta última figura de daño, la hace asumir un rol central y preeminente dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes.

En primer lugar, para nuestro autor la reparación del daño a la persona considera no la medida positiva del valor hombre, sino la entidad negativa de su afectación. Con ello, se buscaba abandonar la perspectiva mercantilista de la persona ante todo esfuerzo de valoración exhaustiva de los perjuicios y daños derivados de la perturbación de la integridad psicofísica de la víctima.

En segundo lugar, propugnó Gentile que, en los casos de muerte de la víctima, el daño es considerado no en lo que el hombre vale, sino a la pérdida sufrida por las personas que tenían con éste una relación de interdependencia. Busnelli<sup>460</sup> consideró que este planteamiento es un antecedente de los daños a la salud por muerte.

Una nueva visión de la valoración económica del daño a la persona es el tercer aspecto tratado por Gentile: “*así comprendido, en la limitada consideración del interés a la vida y a la integridad física del hombre, el problema se convierte en más accesible a una concreta valoración económica del daño a la persona, que postula la búsqueda de una relación entre daño y dinero*”<sup>461</sup>. Por ello, uno de los sectores más autorizados de la doctrina italiana, ha afirmado la necesidad de un equilibrado tratamiento de intereses entre las exigencias de asegurar una

---

<sup>458</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino y Feola, Maria, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, G.Giappichelli editore, Turín, 2014, p. 226 y ss.

<sup>459</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, al cuidado de Pietro Perlingieri, n. 69, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992, p. 12.

<sup>460</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 288.

<sup>461</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, p. 635.

reparación integral al daño a la persona y la contención de otros aspectos con relevancia económica, como los costos de aseguración<sup>462</sup>.

La afirmación de Gentile, que consideraba que la “*ganancia es el parámetro del daño a la persona*”, como cuarto aspecto del planteamiento de nuestro autor, es en consideración de Francesco Donato Busnelli, una premisa que no reina más en la valoración del daño: “*El daño es considerado en relación a la pérdida económica que deriva en el lesionado por una determinada modificación peyorativa de su capacidad laboral, la ganancia, que de esta representa la numérica expresión patrimonial, constituye la medida, como el balance que nos ofrece la medida del peso*”<sup>463</sup>.

Actualmente, la aplicación de las diversas modalidades del daño a la persona sirve para desplazar el centro de la problemática de un daño parametrado en la ganancia a un daño “*valor hombre*” en su concreta dimensión, que no es reconducible solamente al aspecto de producción de riqueza, sino está relacionado al conjunto de las funciones existenciales de la persona<sup>464</sup>. Asimismo, como ha sido resaltado por otra voz importante de la doctrina peninsular, los jueces deben tener una gran sensibilidad para apreciar el perjuicio existencial de las víctimas, que debe influenciar los ordenamientos jurídicos de los diversos países<sup>465</sup>.

No obstante, el aporte de Gentile es muy notable y actual, pues, como anota nuevamente Busnelli<sup>466</sup>, incidió, dentro de la reparación de los daños a la persona, en la presencia de una valoración equitativa de la misma, por cuanto “*ésta debe ser seguida con moderación, respondiendo a la incerteza de la cuantificación del daño, vale decir, dentro de los límites más restringidos de lo que resultaría de su abstracta contemplación normativa, con un descarte mayor cuanto más incierta y menos concreta es su demostración*”<sup>467</sup>.

---

<sup>462</sup> Ponzanelli, Giulio, *Il commento* a la ordenanza del Juez de Paz de Turín del 30 de noviembre de 2009, en: *Danno e responsabilità*, n. 04, Ipsoa, Milán, 2012, p. 447.

<sup>463</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, p. 637.

<sup>464</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno risarcibile: problemi e prospettive*, en: *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno (danno biologico, danno morale, danno alla vita di relazione)*, Trevi, 30 giugno-1 julio 1989, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 41, 1990, p. 15.

<sup>465</sup> Visintini, Giovanna, *La circolazione delle giurisprudenze*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año XXVII, Cedam, Padua, 2011, p. 81.

<sup>466</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 304.

<sup>467</sup> Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, p. 678.

#### 7.1.1.4.- Balance de las contribuciones de Gioia, Gerin y Gentile.

Las contribuciones de Melchiorre Gioia, Cesare Gerin y Guido Gentile, aunque con muchos vacíos y omisiones, explicable como productos de su época, se constituyen como pioneras reflexiones sobre la reparación de los daños a la persona. Se halla en ellos y en sus aportes los cimientos de los desarrollos posteriores de las diversas escuelas jurídicas italianas en materia de derecho de daños.

Sus obras, en mayor o menor medida, reflejaron la exigencia de substraerse, en la valoración de los daños a la persona, de la productividad económica del hombre, concentrándose en el valor “humanidad” del sujeto de derecho, que descubre el nuevo rumbo de la historia y del Derecho: la humanización del derecho positivo y de los ordenamientos jurídicos de los diversos países<sup>468</sup>, así como la necesidad que la persona retorne a ser el centro de toda imposición de juridicidad<sup>469</sup>.

#### 7.1.2.- La Escuela de Génova y el daño biológico

El punto de partida de las reflexiones de la Escuela jurídica del daño a la persona desarrollada en Génova se puede ubicar en la sentencia del 25 de mayo de 1974 del Tribunal de dicha ciudad, en el caso *Rocca C. Ferrarese*, que fue sostenida y apoyada por juristas y estudiosos de la Universidad de Génova, entre los que se encontraban Mario Bessone, Guido Alpa<sup>470</sup> y Vincenzo Roppo<sup>471</sup>. En este pronunciamiento, los jueces genoveses, sosteniendo una “*explícita toma de consciencia*”, interpretaron el artículo 2059 del código civil italiano<sup>472</sup>, con referencia sólo a las aflicciones del estado de ánimo y además basándose en el artículo 32<sup>473</sup> de la

---

<sup>468</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi di onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 824.

<sup>469</sup> Burgos, Osvaldo R., *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008, p. 156.

<sup>470</sup> Para una síntesis de los aportes de la Escuela Genovesa, véase a Alpa, Guido y Bessone, Mario, *I fatti illeciti e la responsabilità civile*, en: Trattato di diritto privato, dirigido por Pietro Rescigno, volumen XIV, Utet, Turín, 1982, p. 403 y ss.

<sup>471</sup> Sentencia del Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, en: *Giurisprudenza Italiana*, I, n.2, pág. 54, con comentario adhesivo de Mario Bessone y Vincenzo Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e “diritto alla salute”. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*.

<sup>472</sup> El cual estipula que “*el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley*”.

<sup>473</sup> Establece lo siguiente: “*La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes*”.

constitución que tutela la salud, hicieron ingresar el denominado el “*daño biológico*” en la categoría del daño injusto, según el artículo 2043 del código civil itálico<sup>474</sup>. En particular, fue afirmada la distinción entre las consecuencias patrimoniales del evento lesivo y la lesión de la integridad psicofísica en sí y por sí considerada, por “*liquidarse en términos exactamente iguales para todas las personas, salvo teniendo en cuenta las respectivas edades*”. En efecto, evidente se presentaba la preocupación de poner a la luz la autonomía del denominado “*daño biológico*”, respecto a las consecuencias patrimoniales de la lesión<sup>475</sup>.

A esta se sumaron importantes pronunciamientos genoveses entre 1974, 1975 y 1976, en que se afinó y perfiló el modelo genovés de daño a la persona.

Las primeras sentencias genovesas evidenciaron, en modo diáfano, el conflicto de dos modelos interpretativos del mismo fenómeno, que asumieron, por definición estipulativa, la denominación de “*daño biológico*”. Ambas perspectivas, más restrictiva una, más “liberal” la otra, si se contempla en la perspectiva de una progresiva ampliación del área del daño resarcible, reflejaron temas y problemas que hoy se encuentran bastante vivaces en el debate en la materia sobre el rol y la función de la responsabilidad civil<sup>476</sup>.

En efecto, se manifiesta en el problema que las sentencias resuelven en modo opuesto no consiste solamente en la posibilidad de multiplicar las hipótesis de aplicación del artículo 2043 del código civil italiano<sup>477</sup> y de asignar a la fórmula del “daño injusto” contenidos nuevos y más amplios de los que tradicionalmente reservados (especialmente, comprensivos de la lesión de la “salud” individual), ni si agota en la admisibilidad de una revisión de los esquemas y de los parámetros acostumbrados de valoración del daño a la persona, sino invirtiendo problemas de más extenso alcance, referidos a la aplicación directa de las normas constitucionales (y, en particular, del artículo 32 de la constitución italiana) a la disciplina de las relaciones interprivados, relativos a la misma definición de “daño” o de la “lesión de un interés protegido” o

---

<sup>474</sup> Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Danno biologico: cenni introduttivi*, en: *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento. Dalla riforma proposta dall'ISVAP all'adeguamento all'Europa*, Giuffrè editore, Milán, 1999, p. 2.

<sup>475</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, p. 192.

<sup>476</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, segunda edición, Cedam, Padua, 1993, p. 10.

<sup>477</sup> El cual estipula que “*cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño*”.

“merecedores de tutela” o, aún, a la identificación de los criterios sobre la base de los cuales actúa la selección de los intereses apreciables en el juicio de responsabilidad<sup>478</sup>.

En efecto, el desarrollo del “daño biológico” es emblemático de la suerte de aquellos conceptos que surgen para obtener determinadas finalidades y, realizando ello, pierden sus contornos originarios, son convocados a realizar finalidades diversas de las inicialmente propuestas, sufren una especie de mutación genética.

Las finalidades originarias, a decir de la doctrina genovesa más eminente<sup>479</sup>, fueron dirigidas a recuperar el valor constitucional de la salud en el ámbito de las técnicas de reparación del daño a la persona. En efecto, siendo el derecho a la salud una posición subjetiva garantizada a todos, sin diferencia de las clases sociales y de la capacidad de producir riqueza, los criterios de liquidación eran idénticos para todos. Preliminarmente, al daño que después se conocería como “biológico”, se le asignaba también una tarea simplificada, por la cual absorbía todas las subvoces de daño que la fantasía o las circunstancias del caso habían inducido a los jueces a crear, como el daño estético o el daño a la vida de relación, el daño derivado del comprometimiento de la capacidad laboral genérica, etc.

En la mitad de los años setenta del siglo XX el panorama de la reparación de los daños a la persona presentaba, por un lado, una especie de jungla, con muchos espacios de confusión, en la cual la desigualdad era la regla y, por otro lado, se dejaba contemplar una nueva perspectiva, donde el orden y la igualdad podían tener espacio<sup>480</sup>. En este panorama, al daño moral en sentido estricto (entendido como afección del ánimo y sufrimiento) y al daño contra la esfera de producir riqueza de la capacidad laboral específica se presentaba, por ende, por mérito de la labor creativa de los jueces del Tribunal de Génova, una nueva voz omnicomprendiva, traducible en tablas de infortunio más modernas respecto a las utilizadas por la praxis asegurativa y, en ese momento, más beneficiosa para las víctimas y más gravosas para las causantes de los hechos dañosos (y, por ende, para sus aseguradoras). En efecto, significando que esta nueva voz de daño concernía

---

<sup>478</sup> Alpa, Guido, *Il danno biologico*, p. 11.

<sup>479</sup> Alpa, Guido, *Manuale di diritto privato*, sexta edición, Cedam, Padua, 2009, p. 832.

<sup>480</sup> Gallo, Paolo, *Il danno alla persona*, en: *Introduzione al diritto comparato*, volume secondo: *Istituto Giuridici*, tercera edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2018, p. 551 y ss. Véase también Gallo, Paolo, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, en: *Trattato di diritto civile*, VII, G. Giappichelli editore, Turín, 2018, p. 499 y ss.

indistintamente todos los sujetos y protegía su salud, de tal forma, toma sustancia la concepción del “*daño biológico*” como producto de la ciencia médico-legal<sup>481</sup>.

No cabe duda que el itinerario del daño biológico constituye una de las páginas más complejas de la historia de la responsabilidad civil o derecho de daños<sup>482</sup>, con marchas y retrocesos, progresos y dificultades, intervenciones de la Corte de Casación, de la Corte Constitucional y por obra de diversos tribunales e instancias judiciales de la península itálica, que actualmente se puede reconstruir esquemáticamente teniendo en consideración la tablas de liquidación del daño utilizadas por la judicatura italiana, que cada magistrado adopta para satisfacer las exigencias de reparación de las personas afectadas por las diversas situaciones peyorativas, por cuanto, como ha resaltado la más importante doctrina civilista francesa, la integridad psicofísica es el capital más preciado del hombre<sup>483</sup>.

El reconocimiento del daño biológico no fue compartido por la jurisprudencia inmediatamente sucesiva y solo en 1979 se presentaron nuevos importantes impulsos, por parte de las cortes, que propugnaron la afirmación definitiva del daño biológico, por cuanto este perjuicio es relevante en sí, y diverso ya sea del daño moral propiamente dicho como de las consecuencias negativas de carácter patrimonial que, si subsisten, son autónomamente resarcidas<sup>484</sup>.

Después de más de cuarenta años de su formulación, el panorama presenta aún diversas aristas por clarificar. Se han superado algunas problemáticas, como la cuestión de su concepción, siendo el daño biológico comprendido como la lesión psicofísica de la salud<sup>485</sup>, valorada independientemente de la capacidad de producir riqueza del sujeto; la naturaleza de esta voz de

---

<sup>481</sup> Paradiso, Massimo, *Il danno alla persona*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Giuffrè editore, Milán, 1981, p. 146 y ss.

<sup>482</sup> Así lo ha resaltado el maestro Guido Alpa en su *premessa* a su clásica obra *Il danno biologico*, segunda edición, Cedam, Padua, 1993, p. X.

<sup>483</sup> Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, París, 2010, p. 159.

<sup>484</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile*, tomo V: *La responsabilità*, segunda edición, reimpresión, Giuffrè editore, Milán, 2018, p. 194 y ss.

<sup>485</sup> Alpa, Guido, *Nuovi aspetti della responsabilità civile*, en: *Seminari di aggiornamento professionale (2005)*. I. Lex mercatoria: un dialogo con Francesco Galgano (12 ottobre 2005). II. I nuovi confini del diritto privato europeo (15 ottobre 2005). III. Il diritto italiano e il diritto latino-americano. Materiali degli incontri di Buenos Aires e Rosario (9 marzo 2006), al cuidado de Guido Alpa, Consiglio Nazionale Forense, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 117 y ss.

perjuicio, que concierne a la esfera patrimonial del sujeto en sentido estricto<sup>486</sup>; su reparación, que es reconocida para cada sujeto, cualquiera sea su edad, rol social; su transmisión *iure hereditatis* en caso de muerte no instantánea de la víctima.

No obstante, han permanecido otros problemas y supuestos, como, por ejemplo, si al lado del daño biológico se pueden crear nuevos tipos de daño a la persona<sup>487</sup>, derivados de un accidente automovilístico en la que ésta es víctima; si están legitimados a obtener la reparación en caso de fallecimiento también los convivientes de hecho; cuales deben ser los criterios por los que se deben reparar los daños; si es posible reconocer la reparación del daño biológico también en caso de accidentes en el trabajo y si puede ser objeto de compensación.

En efecto, la jurisprudencia italiana, atiborrada por una heterogeneidad en cada caso, que no se concentraban en el sector de la circulación automovilística o de los infortunios en el trabajo, sino también en el ámbito de las relaciones contractuales, en el ámbito de relaciones entre cónyuges y familiares, en el área genética y de responsabilidad médica<sup>488</sup>, ha terminado por difuminarse en una serie de reglas dictadas por las diversas circunstancias de perjuicios. Particularmente, en vez de simplificarse, se han multiplicado las voces de daños reparables se han vuelto diversas: además del daño estético y el daño a la vida de relación, aún considerados frecuentemente como diversos al daño a la salud, se ha creado el daño por luto, el daño a la serenidad de la vida familiar, el daño por *mobbing*, el daño por pérdida de la relación parental y del goce de la vivencia con el cónyuge, denominado también como daño hedonístico, y así podría seguirse enunciando voces de perjuicios. No obstante, no podemos perder de vista lo anotado por una de las voces más autorizadas de la Escuela jurídica de Bolonia, en cuanto el daño biológico ha permitido que en la persona víctima de este perjuicio sea concretizada la solidaridad social, mediante su reparación por las decisiones judiciales<sup>489</sup>.

---

<sup>486</sup> Alpa, Guido, *Che cos'è il diritto privato?*, segunda edición, editori Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 109.

<sup>487</sup> Preocupación manifestada ya por Giulio Ponzanelli en *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bolonia, 1992, p. 98.

<sup>488</sup> Clásico, en la materia, es el libro del Prof. Carlos Fernández Sessarego *La responsabilità civile del medico y el consentimiento informado*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2011.

<sup>489</sup> Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, p. 1203.

### 7.1.3.- La Escuela pisana y el daño a la salud

El Instituto de derecho privado de la Universidad de Pisa inicia, en 1975, una investigación sobre la tutela de la salud en el derecho privado y en 1978 es publicado el volumen que recogió el resultado de la referida investigación<sup>490</sup>.

El 10 de marzo de 1979 se formuló una sentencia por el Tribunal de Pisa, que hace referencia al volumen citado y que del cual encuentra inspiración. En esta se estableció una necesaria valoración equitativa del perjuicio que el tribunal denomina como “daño a la salud”. No obstante, al mismo tiempo se realizó una diáfana afirmación de la imposibilidad de prescindir de “una valoración diferenciada del daño, porque la única idónea, incluso en presencia de identidad de perjuicios psicofísicos, permitiendo un adecuado, caso por caso, de la entidad del resarcimiento a la concreta situación de daño”. La solución planteada por la sentencia, si bien no desconociendo la exigencia de buscar “*un índice de valores medios por el cual hacer primaria referencia para la valoración de consecuencias de perjuicios suficientemente tipificadas*”, acogió el principio según el cual “la entidad del resarcimiento del daño a la salud...debe ser, en línea de tendencia, proporcional a la gravedad de los impedimentos económicos y sociales causados por el hecho lesivo”<sup>491</sup>.

En la sentencia la liquidación efectuada por los jueces pisanos englobó las voces del daño derivado de la invalidez temporal y de breve permanencia, comprobada en la víctima por un examen médico, en un monto indemnizatorio en conjunto, en gran medida inferior a lo que era normalmente liquidado según las reglas, de ese entonces, del sistema por tablas de infortunio.

Con esta sentencia, nació una estrecha colaboración entre jueces y profesores universitarios pisanos, que se amplió a los médicos-legistas.

La década del setenta se concluye con las sentencias de la Corte Constitucional italiana número 87 y 88 de 1979, además con un muy importante pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación peninsular.

En las sentencias de la Corte Constitucional, en particular en la número 88 que, rechazando la demanda de ilegitimidad del artículo 2043 del código civil, afirmó que el derecho

---

<sup>490</sup> *Tutela della salute e diritto privato*, al cuidado de Francesco Donato Busnelli y Umberto Breccia, en: *Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*, recopilados por Pietro Rescigno, volumen II, Giuffrè editore, Milán, 1978.

<sup>491</sup> Sentencia citada por Francesco Donato Busnelli en *I primi fermenti giurisprudenziali en: Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 55.

a la salud “*ciertamente es comprendido entre las posiciones subjetivas que deben ser tuteladas por la constitución, ya que el artículo 32 sirve para configurar el derecho a la salud como un derecho primario, absoluto, plenamente operante, incluso en las relaciones entre privados*”.

En efecto, de esta referida calificación puede concluirse que la indemnización no puede ser limitada a las consecuencias de las violaciones incidentes en el aspecto de producir riqueza por parte de la víctima del daño, debiendo ésta comprender los efectos de la lesión al derecho a la salud, considerada como posición subjetiva autónoma, independientemente de toda otra circunstancia y situación.

En el pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, se proclama enfáticamente que “la salud, también y más allá de ser objeto de cuidado y de intervención por parte de la colectividad en general, está protegida en vía primaria, no condicionada y absoluta como modo de ser de la persona humana”, agregando que “la transparente referencia al artículo 2 de la constitución explicita aún mejor el contenido que el tipo de la protección”, que es la típica del derecho subjetivo o, mejor, del derecho absoluto. Por tanto, la salud antes de ser un interés de la colectividad, es un derecho fundamental del individuo, como afirma la Corte de Casación: “la protección se extiende a la vida asociada del hombre en los aspectos de las diversas agregaciones en las cuales esta se articula y en razón de su efectividad, a la preservación, en estos lugares, de las condiciones indispensables o también solamente propicias a su salud: ésta asume, en este modo, un contenido de socialización y de seguridad, por el cual el Derecho y la salud, más bien (o además) que cómo derecho a la vida y a la incolumidad física, se configura como derecho al ambiente salubre”.

Estos esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia pisanas encontraron, al finalizar la década de los años setenta del siglo XX<sup>492</sup>, su consagración legislativa en La Ley n° 833 del 23 de diciembre de 1978, instaurador del servicio sanitario nacional italiano. Ésta tuvo como objetivo primario predisponer los servicios necesarios para permitir la realización del derecho subjetivo de cada individuo a la tutela de su propia salud. En efecto, buscando tutelar “*mediante el servicio sanitario*” un “*fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad*”. La intención era dar concreta actualización a los principios del artículo 32 de la constitución que tutela la salud y de atribuir a ésta norma no más el significado reductivo y angostamente publicista de una simple “*dirección de carácter general dirigido a tutelar la salud pública mediante adecuadas formas de asistencia sanitaria pública*”, sino la función de proclamar solemnemente que la salud, como

---

<sup>492</sup> Para un tratamiento analítico de la responsabilidad civil en Italia en los años setenta del siglo XX, véase Marini, Giovanni, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I-II)*, en: *Rivista critica di diritto privato*, volumen 26, fascículos 1 y 2, Jovene editore, Nápoles, 2008, pp. 23-65, 229-261.

modo de ser de la persona humana, tiene el contenido y goza de la protección del derecho subjetivo, como un derecho absoluto.

Respecto a la distinción, formulada por la doctrina italiana, entre el daño biológico y el daño a la salud, para el más renombrado pensamiento jurídico pisano<sup>493</sup>, el jurista no puede no partir de una primera constatación: el daño biológico no es un concepto jurídico, sino un concepto que el jurista recibió de la medicina legal. En cambio, el daño a la salud es un concepto elaborado en el ámbito jurídico y también en el plano normativo.

Para Busnelli<sup>494</sup>, el jurista ni está en capacidad de brindar una propia contribución a la profundización del concepto de daño biológico. En efecto, resalta el maestro pisano, que los estudiosos prefieren utilizar las expresiones daño “*biológico*” (entre comillas) o del denominado daño biológico. El jurista utiliza dicciones que, en cuanto “biológico”, el daño debería concernir principalmente a los aspectos anatómicos y fisiológicos de cualquier ser viviente, utilizando la definición médico-legal de daño biológico como “perjuicio somato-psíquico” del individuo.

En tanto, el daño a la salud, como perjuicio derivado de la lesión del derecho a la salud, tiene directa referencia en la norma constitucional que “*tutela la salud como derecho fundamental del individuo*” (según lo establece el artículo 32 de la constitución italiana) y su natural vinculación con la legislación civil dirigida a brindar actuación a esta norma, comenzando con la citada ley instauradora del servicio sanitario nacional. Por ende, el referido concepto no puede no reflejar las profundizaciones dedicadas por la ciencia jurídica al principio establecido por el artículo 32 de la constitución.

El estudioso de esta materia debe, a juicio de Busnelli<sup>495</sup>, distinguir conceptualmente entre las dos figuras de daño a la persona, a menudo inoportunamente confundidas entre ellos: el *daño biológico*, que se identifica con el perjuicio somato-psíquico, y que se presta a una valoración, por decirlo de alguna manera, estandarizada y conducida en los contornos parametrales en que la equidad tiende a coincidir con el automatismo. En tanto, el *daño a la salud*, que tiene por objeto la lesión de salud (comprendido en su más amplio significado constitucional) y que debe ser valorado caso por caso mediante criterios en que la equidad exige un atento examen entre

---

<sup>493</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 104.

<sup>494</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 105.

<sup>495</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 108.

exigencias de uniformidad en la valoración del evento lesivo y exigencias de concreción en la valoración de las consecuencias perjudiciales de este evento en el equilibrio psicofísico de la víctima.

Una singular paradoja, más aparente que real<sup>496</sup>, se presentó en la sentencia de la Corte Constitucional número 184 de 1986<sup>497</sup>. Esta decisión se apreciaba claramente la distinción entre el daño biológico (comprendido como “evento-perjuicio de la integridad físico-psíquico”) y el daño a la salud (entendido como “daño jurídicamente valorado”), insistiendo en la “dimensión naturalista” del primero, cuya reparación, por sí, “constituye un primer, esencial, prioritario resarcimiento”, pero, posteriormente, perfilándose “el temor de una excesiva uniformidad de determinación y liquidación del daño biológico”, recordando que “la reciente jurisprudencia de mérito que asume el citado criterio liquidatorio debe responder, de un lado, a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede ser valorado en manera del todo diversa de sujeto a sujeto; y, en efecto, la lesión en sí y por sí considerada, que es resaltada...) y, por otro lado, por la elasticidad y la flexibilidad, para adecuar la liquidación del caso en particular a la efectiva incidencia de la comprobación del perjuicio sobre las actividades de la vida cotidiana”.

La jurisprudencia citada por la sentencia de la Corte Constitucional es la del “modelo pisano”, lo que confirma una elección paradójicamente más nítida, cuanto más evanescente y opinable, se evidencia el ambicioso esfuerzo dogmático de basarse en “*una nueva lectura constitucional de todo el sistema del código sobre el ilícito civil*”, procediendo de la “*combinación dispuesta de los artículos 32 de la constitución y 2043 del código civil*”.

#### **7.1.4.- La Escuela Jurídica de Turín**

La Escuela jurídica turinesa es conocida internacionalmente por sus aportes al desarrollo del derecho comparado<sup>498</sup>. La obra jurídica del profesor Rodolfo Sacco y sus discípulos Pier Giuseppe Monateri, Gianmaria Ajani, Michele Graziadei, Paolo Gallo, Raffaele Caterina, y otros

---

<sup>496</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Danno biologico e danno alla salute: “modelli giurisprudenziali” a confronto*, en: *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, p. 110.

<sup>497</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, en: *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, al cuidado de Mauro Bussani, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 86 y ss.

<sup>498</sup> Rodolfo Sacco, el adalid de la Escuela turinesa, ha recordado que en el 2003 el Comité internacional de derecho comparado (órgano directivo de la Asociación internacional de las ciencias jurídicas) ha declarado que “*Turín es la capital mundial del derecho comparado*”. Sacco, Rodolfo, *Comparatisti italiani, al lavoro!*, en: *Rivista giuridica dell’Istituto Subalpino per l’analisi e l’insegnamento del diritto delle attività transnazionali (ISAIDAT)*, n. 01, año I, Turín, 2010, p. 01.

grandes juristas que si bien actualmente no enseñan en la universidad turinesa o que lamentablemente ya no están físicamente con nosotros, han sido formados por el mismo maestro Sacco, como Antonio Gambaro, Attilio Guarneri, Paolo Cendon, Marco Guadagni y Francesco Castro, han renovado los estudios comparatistas<sup>499</sup>, enriqueciendo la moderna ciencia jurídica, especialmente todo el conjunto del derecho privado<sup>500</sup>.

En el campo de la responsabilidad civil, especialmente en materia del daño a la persona, dentro de la Escuela turinesa, destaca magistralmente los aportes del Prof. Pier Giuseppe Monateri. En efecto, desde 1984 con su notable libro *Il quantum nel danno alla persona*<sup>501</sup>, el célebre comparatista y civilista piemontés ha estudiado y realizado diversos aportes en materia de derecho de daños. Esta obra se constituyó en una de las primeras búsquedas en doctrina de parámetros para la reparación de los daños a la persona.

Para el Prof. Monateri, el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipologías del daños, no importando si estos son asumidos como reparables: a) *El daño a salud psicofísica con reflejos pecuniarios*: en tanto lesiones a la persona, que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna forma, repercusiones en el rédito futuro de la víctima del daño; b) *Los daños a la salud psicofísicas independientes de reflejos pecuniarios*: constituidos por lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales y, por ende, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto; c) *Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios*: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna forma, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado; d) *Daños por sufrimientos independientes de reflejos pecuniarios*: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no

---

<sup>499</sup> Para una síntesis integral del aporte comparatista italiano, preciosas son las páginas escritas por Pier Giuseppe Monateri en *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, en: *Revue internationale de droit comparé*, volumen 51, n°4, Société de Législation Comparée, París, octubre-diciembre de 1999, pp. 989 y ss.

<sup>500</sup> Lo ha resaltado la gran comparatista francesa y estudiosa del derecho internacional privado, Horatia Muir-Watt en su *La fonction subversive du droit comparé*, en: *Revue internationale de droit comparé*, volumen 52, n°3, Société de Législation Comparée, París, julio-septiembre del 2000, pp. 505 y ss.

<sup>501</sup> Monateri, Pier Giuseppe y Bellero, Augusto, *Il quantum nel danno alla persona*, primera edición, Giuffrè editore, Milán, 1984. La segunda edición es de 1989.

se traducen en consecuencias monetarias negativas<sup>502</sup>.

Es importante también la contribución de la Escuela turinesa, en particular los trabajos del Prof. Monateri, en el sostenimiento del daño existencial. En efecto, los trabajos de Monateri y su Escuela se caracterizan por una aproximación al daño existencial que no postula el carácter de macro-categoría de esta voz de daño necesariamente comprensiva también del daño biológico, al cual consideran que se pone al lado del perjuicio existencial, englobando cualquier daño de género no-económico, comprendidas eventuales repercusiones en orden psíquico, confinadas más allá de consecuencias por enfermedad.

De este modo, los piemonteses diseñaron un cuadro normativo funcional a la reacción de toda agresión injusta y anunciaron un cambio en negativo de los valores del individuo, productor de un determinado daño. El daño existencial o “*daño no patrimonial civilista*”<sup>503</sup> se desvincula, para los turineses, de las limitaciones tradicionales del artículo 2059 del código civil italiano, y se distingue también del “daño moral por delito” (producto de la conjugación del artículo 2059 del código civil y el artículo 185<sup>504</sup> del código penal italiano). A diferencia de la Escuela triestina, que veremos en breve, los juristas turineses conciben el daño existencial como un perjuicio en la esfera del “*hacer*” y del “*sentir*” del individuo, en tanto “suma de repercusiones relacionales de signo negativo”, vinculada a la lesión injusta de un interés de la víctima, mientras que el daño moral por delito en tanto “suma de repercusiones relacionales de signo negativo”<sup>505</sup>, vinculada a la lesión injusta de un interés de la víctima, se relaciona, más bien, al tipo de conducta desarrolla por el productor del daño (posible de reconducirse a la concepción de sanción penal/pena privada).

Los turineses no resaltan la relevancia de la cuestión terminológica, porque, más allá del *nomen* atribuido a la categoría descriptiva de la obligación resarcitoria no patrimonial, estos

---

<sup>502</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco, Utet, Turín, 1998, pp. 475 y ss.

<sup>503</sup> También se debe a la Escuela turinesa la concepción del daño existencial comprendido como efectivo empeoramiento comprobable de las propias condiciones de existencia. Véase, al respecto, Monateri, Pier Giuseppe, “*Alla soglie*”: *la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*, en: *Danno e responsabilità*, n.8-9, Ipsoa, Milán, 2000, p. 837.

<sup>504</sup> El cual estipula que: “*Todo delito obliga a las restituciones, según las normas del derecho civil.*”

*Todo delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable cuanto a las personas que, de acuerdo con las normas del derecho civil, deben responder por los hechos del culpable*”.

<sup>505</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *Verso una teoria del danno esistenziale*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, p. 720.

consideran esencial solamente la activación de un sistema funcional a reactivación el hecho ilícito, reconociendo una reparación *tout court* de los daños sufridos por el sujeto lesionado (incluso no negando que, por motivos sólo de “orden lexical”, pudiese resultar oportuno colocar los diversos perjuicios de daño en una categoría unitaria, la del daño existencial).

En efecto, para la Escuela turinesa el daño existencial se introduce en un particular recorrido evolutivo *in fieri*, cuyo tratamiento se encuentra en el sistema reparatorio de un esquema normativo bipolar (artículos 2043-2059 del código civil) hacia un modelo mono-normativo al estilo francés, en que todos los perjuicios no patrimoniales podrían resultar reparables dentro del formante de la injusticia.

Consecuentemente, el daño existencial es concebido bajo dos diversas perspectivas: de un lado, la de la inmediata aplicación práctica, en la cual se atiende a los límites del sistema reparatorio en que se presentan. Éste no desarrollaba sólo una función puramente descriptiva, sino absolvía una necesidad del ilícito civil, poniéndose a lado, en una lógica diáfana, a la categoría del daño biológico y del daño moral e interactuando con los mismos, sobre todo en las hipótesis de cuantificación del daño, en un sistema de vasos comunicantes, por otro lado, la perspectiva futura, en que no se excluía que este supuesto de hecho de daño (sino también el daño biológico y el mismo daño moral) pudiese transformarse en una figura de daño necesaria en el sistema del ilícito civil, como categoría descriptiva de algunas particulares tipologías de perjuicio no económico, en cuanto tal útil y oportuna en una lógica clara y funcional, óptima de valorizar todos los perjuicios sufridos por la víctima (en el ámbito de una liquidación analítica de estos).

Significativo también son los aportes del Prof. Paolo Gallo de la Universidad de Turín. De acuerdo este jurista, el resarcimiento del daño biológico a la persona puede ser exigido en primera sede a nivel de apelación, si se había requerido el resarcimiento del daño no patrimonial.

En algunos casos, la jurisprudencia ha admitido, de acuerdo con lo señalado por Gallo, el resarcimiento del daño biológico también en materia de responsabilidad contractual. El resarcimiento del daño biológico tiene un alcance omnicompreensivo, comprendiendo también los perjuicios de tipo (daño) existencial, salvo el caso de exigencia de personalizar la reparación, sea del daño moral como del daño existencial<sup>506</sup>.

#### **7.1.5.- La Escuela de Bolonia**

Los aportes de la Escuela jurídica de la Universidad más antigua del mundo, la *Alma*

---

<sup>506</sup> Gallo, Paolo, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, en: *Trattato di diritto civile*, VII, G. Giappichelli editore, Turín, 2018, p. 508.

*Mater Studiorum-Università di Bologna*, al desarrollo del daño a la persona son muy notables y se concentran, especialmente, en los trabajos del recordado maestro Francesco Galgano y de su discípulo, el prof. Massimo Franzoni.

Francesco Galgano, considerado internacionalmente como uno de los más importantes juristas italianos de todos los tiempos<sup>507</sup> que, con sus contribuciones en el derecho comercial y civil, han renovado ambas disciplinas jurídicas y no sólo en Italia, con su ensayo *Le mobili frontiere del danno ingiusto*<sup>508</sup> destaca que el daño biológico es reparable, en tanto daño injusto, independientemente de su calificación como daño patrimonial o como daño no patrimonial. Para el maestro de Bolonia, el daño biológico es considerado como la lesión de la integridad psicofísica de la persona, como bien protegido en sí y por sí (según lo dispuesto por el artículo 32 de la constitución italiana) e independientemente de la capacidad de la persona de producir riqueza. Por ello, a quién haya sufrido una invalidez, contemporánea o permanente, es reconocido la reparación del daño biológico, liquidado con criterio equitativo y, según la práctica de los tribunales, en medida al triple de la pensión social<sup>509</sup>.

Su discípulo, el Prof. Massimo Franzoni, a partir de sus estudios jurídicos, publicados muchos de ellos en la prestigiosa revista *Contratto e impresa*<sup>510</sup>, dirigida precisamente por Galgano (que se remontan a la década de los ochenta del siglo pasado) ha considerado que el advenimiento del daño a la persona, en sus modalidades de daño biológico y daño a la salud, contrariamente a mercantilizar a la persona, se demuestran como el modo más adecuado a la necesidad de la valoración de la persona humana. En cuanto al daño a la salud, en opinión de Franzoni, éste representa la forma más evolucionada de comprensión de las lesiones que atentan contra la persona en todas sus manifestaciones no vinculadas a la capacidad de producir rédito<sup>511</sup>.

---

<sup>507</sup> “A Francesco Galgano se deben las páginas más hermosas que registre la literatura jurídica de los últimos tiempos”, como indica el jurista argentino Horacio Roitman en *Francesco Galgano. Su obra jurídica*, La Ley, año LXIX, n° 185, Buenos Aires, jueves 22 de setiembre de 2005, p. 01.

<sup>508</sup> Galgano, Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año I, Cedam, Padua, 1985, p. 01.

<sup>509</sup> Galgano, Francesco, *Istituzioni di diritto privato*, segunda edición, Cedam, Padua, 2002, p. 337.

<sup>510</sup> Franzoni, Massimo, *Danno morale*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año VI, Cedam, Padua, 1990, pág. 307 y ss; del mismo maestro de Bolonia, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, pp. 1193 y ss.

<sup>511</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año III, Cedam, Padua, 1988, p. 882.

Para la Escuela de Bolonia, el daño a la persona es uno de los temas que ha llamado mayor atención entre los juristas italianos<sup>512</sup>. La función de la doctrina, indica Franzoni<sup>513</sup>, es precisamente la de observar, organizar y seleccionar el material de datos y de ideas que surge de la casuística judicial, pues, como es conocido, el nacimiento del daño biológico o daño a la salud ha nacido por obra jurisprudencial.

Asimismo, el desarrollo del daño a la persona puede considerarse, señala nuevamente la Escuela de Bolonia, como una victoria de la doctrina, la cual desde hace mucho había señalado lo inadecuado del tradicional método por medio de tablas y había sugerido fundar los criterios para la liquidación del daño a la persona en el concepto de “validez”, en vez de la capacidad laboral y de producción de rédito. Después de las sentencias genovesas, que presentaron el problema de la reparación del daño biológico, se ha establecido un diálogo constructivo entre doctrina y jurisprudencia, que ha conducido a la definitiva afirmación de esta categoría de daño.

En esta compleja perspectiva, de la cual ha nacido esta especie de daño, la Corte Constitucional italiana desarrolló una importante, e insólita, función que ha consistido en la atribución confirmada, siguiendo el camino trazado por algunas sentencias de las cortes de mérito peninsulares. Ciertamente, en la fase inicial de la creación del daño biológico, existía una gran incertidumbre sobre el contenido, sobre los límites y sobre todo en la admisibilidad de esta especie de daño. Antes de proceder en la elaboración de la noción de daño a salud, faltando el mínimo soporte normativo, las cortes de mérito han considerado la necesidad de tener un respaldo en su actuación.

Como indica nuevamente Franzoni<sup>514</sup>, haber otorgado ingreso a la tutela de la figura del derecho a la integridad psicofísica, demuestra nuevamente como el artículo 2043 del código civil italiano se prestaba a una utilización amplia o dúctil respecto a las cambiantes exigencias de la sociedad post-industrial<sup>515</sup>. En otros términos, los que aún resisten negar la injusticia prescrita por el artículo 2043 del código civil, como cláusula general, encuentran una posterior contrariedad por obra de los hechos. Ciertamente, según notables desarrollos de la jurisprudencia, el objeto de

---

<sup>512</sup> Franzoni, Massimo, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, en: *La persona*, volumen IV, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, pp. 122 y ss.

<sup>513</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, p. 883.

<sup>514</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, p. 884.

<sup>515</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, p. 884.

la tutela, que se expresa brindando ingreso al daño biológico, es el derecho a la salud directamente protegido por la constitución italiana.

Franzoni<sup>516</sup>, compartiendo la posición esgrimida por Francesco Donato Busnelli, ya citado líneas arriba, considera al derecho a la salud como la fuente de legitimación del daño biológico y, por ende, el terreno en el cual debe concentrar su atención el jurista no es la noción de daño biológico, producto de la medicina legal, sino la del daño a salud, que encuentra en la constitución su fuente de tutela. Resalta, por ende, el maestro italiano la necesidad de acoger la definición del término “*salud*” proporcionada por la Organización Mundial de la Salud, en una perspectiva más amplia de bienestar integral del individuo, en sus ámbitos psíquico, físico y moral. De este modo, el daño a la salud ha servido para ampliar el área del daño a la persona, reorganizar su método de liquidación y con la precisa tarea de reducir la duplicación de las voces de daños reparables.

Enseña la Escuela de Bolonia que el daño a salud representa una ampliación del área del daño reparable y la ampliación del catálogo de los intereses objeto de la tutela, debido a que valoriza la utilidad no vinculada a la producción de riqueza por parte de la víctima del daño y coadyuva a rediseñar el mapa para calcular y liquidar el perjuicio, ya que tiende a eliminar, por absorción, algunos tipos no bien definidos y definibles de daño como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la capacidad laboral genérica, el daño a la esfera sexual, etc.<sup>517</sup>. Subraya Franzoni<sup>518</sup>, que en sus orígenes del daño biológico nació para corregir y eliminar las disparidades de tratamiento creadas por el sistema tradicional de la liquidación del daño a la persona dirigida por los automatismos de las tablas vinculadas a la producción del rédito, a la edad, al sexo, a la capacidad laboral, etc. Precisamente, por obra de la jurisprudencia de legitimidad, se afirmó que el daño biológico, en cuanto lesivo del derecho a la salud, debe ser reparado incluso cuando no incida en la capacidad de producir riqueza.

#### **7.1.6.- La Escuela de Trieste y el daño existencial**

Después de la creación del daño biológico y los desarrollos del daño a la salud, el sistema de tutela reparación de los daños a la persona sufrió por una profunda evolución, mediante el acogimiento de estas categorías de daño, se fue alejando la perspectiva patrimonialista que se encontraba en la base del modelo tradicional de responsabilidad civil.

---

<sup>516</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno alla persona*, Giuffrè editore, Milán, 1995, p. 226.

<sup>517</sup> Franzoni, Massimo, *Il danno alla persona*, p. 227.

<sup>518</sup> Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, p. 885.

Esta transformación representa solo el primer paso a un más amplio proceso de evolución de la institución, según lo dispuesto por el artículo 2043 del código civil italiano y el actual panorama que muestra la jurisprudencia, en un constante instrumento de supuestos de hecho, de inéditas situaciones de daño, respecto a lesiones susceptibles de perjudicar la esfera ordinaria de la víctima<sup>519</sup>. Por ello, se propugnó la idea que la responsabilidad civil debía superar los modelos del pasado, en cuya nueva visión encuentran lugar las dimensiones perjudiciales anteriormente olvidadas, es decir (y no solamente en el aspecto biológico, sino también respecto a las prerrogativas diversas de la salud o de la integridad psicofísica) la esfera “existencial” del hombre. “*El hacer no productor de riqueza*” no es lo mismo que antes, aunque pueden utilizarse otras locuciones recurrentes: las actividades realizadoras de la persona humana, la perturbación de la agenda cotidiana, una diversa relación con el tiempo y el espacio, la renuncia forzada a situaciones felices.

En síntesis, el empeoramiento de la calidad de la vida de la persona<sup>520</sup>. Es este el panorama en donde se formula el denominado “daño existencial”.

En efecto, el daño existencial, como nueva subespecie de daño a la persona, es un perjuicio que afecta la plena esfera del “valor hombre” comprendido en su complejidad, que nace y se desarrolla a partir de los años 90 del siglo XX, producto de la Escuela jurídica que tiene su centro en Trieste, cuyo adalid es el Prof. Paolo Cendon.

No obstante, un sector de la doctrina italiana sostiene<sup>521</sup> que la categoría del daño existencial no es nueva como adjetivo, que ha sido frecuente en el léxico de la doctrina y de la jurisprudencia de épocas anteriores, la novedad se encuentra, más bien, en el hecho de presentarse como categoría autónoma, ya sea respecto al daño biológico como del daño moral.

Paolo Cendon nos recuerda que la idea del daño existencial se propugnó en algunas reseñas de jurisprudencia, publicadas en la *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, en los primeros años 90 por el mismo Cendon, Luigi Gaudino y Patrizia Ziviz. En efecto, la categoría en referencia afloró progresivamente en las diversas reseñas elaboradas. Estas evidenciaban, siempre más a menudo, nuevas tipologías de perjuicios: a) que no tenían relación con el hacer o

---

<sup>519</sup> Ziviz, Patrizia, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno*, en: *Rivista critica del diritto privato*, año XVII, n.01-02, Jovene editore, Nápoles, junio de 1999, p. 88.

<sup>520</sup> Cendon, Paolo, *L'itinerario del danno esistenziale*, en: *Giurisprudenza Italiana*, n. 4, Utet, Turín, abril del 2009, pp. 1047 y ss.

<sup>521</sup> Vittoria, Daniela, *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003, p. 1217.

con un atentado a la salud; b) que se presentaban, en cuanto a sus repercusiones, como situaciones que no eran encasillables en el área patrimonial como en el daño moral<sup>522</sup>.

No obstante, la historia oficial del daño existencial se remonta a 1994, cuando Patrizia Ziviz publicó un notable trabajo, reconocido como el punto de partida del debate sobre la categoría<sup>523</sup>.

En su citado ensayo, la profesora Ziviz nos relata un interesante caso. En 1974 una mujer se dirigió a un hospital para someterse a una cistoscopia. El examen médico fue practicado de manera negligente y devino en una serie de consecuencias negativas para la víctima. A tal punto, que fue necesario la extirpación del útero de la paciente.

Consecuentemente, la perjudicada exigió judicialmente al facultativo la reparación que, evidentemente, le correspondía, al resultar menoscabada su integridad física. No obstante, no sólo realizó la demanda la víctima, sino el esposo de ésta, alegando que el hecho dañoso también le había ocasionado daños, que se manifestaban en la imposibilidad de mantener relaciones sexuales normales con su esposa, a partir de la lamentable situación.

Al concluir el proceso, el derecho del cónyuge a la reparación fue reconocido por la Corte de Casación italiana<sup>524</sup>. En la misma, se declara que *“el comportamiento doloso o culposo del tercero que ocasiona a una persona casada una imposibilidad para tener relaciones sexuales es inmediata y directamente lesivo (pues suprime) el derecho del otro cónyuge a estas relaciones; un derecho-deber recíproco, inherente a la persona, que forma parte de la relación conyugal, junto con otros de su misma especie. La supresión de dicho derecho, al menoscabar la persona del cónyuge en su desenvolvimiento en la familia, es de por sí resarcible, como un modo de reparación de la lesión de dicho derecho de la persona”*.

No obstante, los magistrados no estuvieron seguros de la definición de qué daño se trataba. Estos dejaron señalado que no tenía carácter patrimonial ni no patrimonial, pero que era reparable, de todas formas, según lo prescrito por el artículo 2043 del código civil peninsular, que

---

<sup>522</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, p. 08.

<sup>523</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en: *Contratto e Impresa*, año X, núm. 2, Cedam, Padua, 1994, pág. 845 y ss; también en los *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, al cuidado de Paolo Cendon, volumen II, Giuffrè editore, Milán, 1994, p. 1300.

<sup>524</sup> Sentencia de la Corte de Casación italiana, del 11 de noviembre de 1986, en: *Il Foro Italiano*, volumen CX, I, Roma, 1987, pág. 833 y ss, con nota de Anna Maria Princigalli.

establece que todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño.

Para Ziviz, en la situación referida, se manifestaba en los “reflejos peyorativos” que el esposo pareció en un aspecto significativo de su esfera “existencial”<sup>525</sup>, importante para el mantenimiento de su equilibrio personal. Eran reflejos que tenían, asimismo, directa vinculación con el actuar médico, por lo que no era admisible replicar que el esposo podía relacionarse sexualmente con cualquier mujer, pues en fuerza del deber de fidelidad conyugal, establecido normativamente, un hombre casado puede considerarse obligado a desenvolver su vida amorosa exclusivamente con su esposa. Desde el momento en que ésta sufrió el impedimento fisiológico para la actividad referida, la posibilidad de ejercicio lícito de la esfera sexual por parte del cónyuge estaba condenada a deteriorarse.

La profesora Ziviz hace referencia en su ensayo de otros casos de indemnizaciones reconocidas por las cortes italianas en situaciones como las del daño derivado de la contaminación ambiental, del accidente de tránsito sufrido por un familiar, los daños ocasionados a una trabajadora que tuvo que abandonar su puesto laboral como consecuencia de demandar a su empleador por acoso sexual, indujeron a Ziviz a manifestar una tendencia de los jueces italianos en considerar reparables conductas perjudiciales comprometedoras de un conjunto de manifestaciones vinculadas con el actuar “no productor de riqueza” de las víctimas, es decir, con el desenvolvimiento “existencial” de las víctimas<sup>526</sup>.

Asimismo, sostenía la jurista triestina que mediante la reparación de todo menoscabo concerniente a las “actividades realizadoras de la persona”, se ha podido tutelar las modificaciones peyorativas de la dimensión existencial ocasionadas por una lesión a la salud, arribándose a estructurar de forma definitiva los aspectos no patrimoniales de un perjuicio, que son diversos del dolor<sup>527</sup>.

Los trabajos del Prof. Paolo Cendon sobre la nueva voz de daño a la persona ha fortalecido la posición de Ziviz, quién ha desarrollado una diferenciación entre el daño existencial y las figuras tradicionales de perjuicio.

---

<sup>525</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, p. 846.

<sup>526</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, p. 862.

<sup>527</sup> Ziviz, Patrizia, *Il danno non patrimoniale*, en: *Il diritto civile nella giurisprudenza*, al cuidado de Paolo Cendon: *La responsabilità civile*, volumen VII, Utet, Turín, 1998, p. 376.

En efecto, para Cendon el daño existencial tendría las siguientes características<sup>528</sup>: a) una identidad que no es posible confundir con el modelo tradicional del daño patrimonial. El daño existencial no comporta la destrucción de bienes económicos, ni generan gastos que deben efectuarse, no existen cuentas bancarias que disminuyan, ni ganancias futuras que se vean afectadas. Se presenta, más bien, como una “normalidad” diversa de la víctima con sus semejantes y con las cosas, un “contacto menos provechoso”; b) Una fisonomía diversa de los paradigmas clásicos del daño moral.

En el daño existencial no concurren ni la melancolía, ni las lamentaciones nocturnas, ni las “almohadas bañadas en lágrimas”, sino la alteración de una secuencia de dinamismos: un nuevo hacer o deber hacer, o un dejar de hacer; una forma distinta de relacionarse con el mundo externo: en la ciudad, en el barrio, el edificio, los medios de transporte, los servicios, los espacios para pasar el tiempo libre, etc.; c) Una capacidad de proyección de 360 grados, en el ámbito morfológico de las fuentes de daño, que lo coloca en condición de abarcar la totalidad del campo de las lesiones a la salud, las diversas hipótesis extra somáticas, y todas las demás que la experiencia jurisprudencial italiana documenta, así como los casos posteriores que el derecho comparado nos enseña. Por ende, el universo completo de la antijuridicidad (de las posiciones protegidas por el derecho privado) tiende, de este modo, a constituir el área de referencia del daño existencial; d) En el ámbito de la relación entre daño y consecuencia, el nuevo tipo de perjuicio se distingue por nombrar un atentado contra toda modalidad “realizadora” de la persona, con excepción de los entretenimientos de carácter ilícito o inmoral, pero sin ninguna exclusión de principio.

De este modo estarían comprendidas: las ocupaciones (las generadoras de rédito inclusivo), consideradas según la medida en la que un comprometimiento de las mismas fuera tal de implicar, adicionalmente, alteraciones existenciales negativas para el damnificado; las actividades extraeconómicas en sentido estricto (sin importar cuán nobles, frívolas o inocentes): peregrinajes, *jogging*, visitas a museos, periodismo no profesional, sesiones de gimnasia, voluntariado, torneros de *bridge*, participación en la banda de música de la municipalidad, *nouvelle cuisine*, viajes en avión, jardinería, reuniones patrióticas, recolección de hongos en el bosque, juegos de bochas, ventas de segunda mano, internet, ejercicios espirituales, discotecas, coleccionismo, pequeñas invenciones, herboristería, *shopping*, asistencia a universidades para la tercera edad, concursos de belleza, espeleología, visitas a los parientes, *bricolage*, coros religiosos, vídeo-aficiones, *body-building*, compañías de teatro para aficionados, preparación

---

<sup>528</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, pp. 10 y 11.

casera de mermeladas, competencias de baile, actividad política vecinal, TV interactiva, observación de aves (*bird-watching*), etc.; e) En el ordenamiento jurídico italiano, el régimen legal del daño existencial no tendría que ser confiado a la norma general sobre los daños no patrimoniales (el artículo 2059 del código civil, el cual establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley, sino a la cláusula general de responsabilidad civil del artículo 2043 del código civil y a las normas vinculadas en la materia); f) Finalmente, como corolario de lo anteriormente expuesto, el daño existencial plantearía una acumulabilidad en el plano contable-procesal, dada su distancia del daño patrimonial y del daño moral puro. De tal modo, que las víctimas de estas situaciones perjudiciales podrían, en el momento de presentar su demanda, hacer una “cuenta final a tres voces”<sup>529</sup>.

Para la profesora Ziviz, a diferencia del daño patrimonial, el daño existencial comporta repercusiones que no originan reflejos negativos en el patrimonio (comprendido en el sentido clásico del término), por otro lado, y a diferencia del daño moral, estas repercusiones se manifiestan en el plano concreto, y son susceptibles, por ende, de precisas comprobaciones (lo que no se presenta con los sufrimientos o dolores de carácter espiritual). Lo importante de esta nueva categoría sería la modificación negativa de las modalidades, mediante el cual el individuo desenvuelve su propia personalidad<sup>530</sup>.

La jurista triestina propone un renovado esquema, a las figuras tradicionales, del daño patrimonial y moral se suma el daño existencial. Por ende, ya que esta última voz de daño se proyecta hacia el área no patrimonial, termina por representar el punto de sutura entre las dos visiones que dominaban, en el pasado, la materia del daño no patrimonial: tanto aquella que tiende a contemplar esta última categoría como un conjunto residual, cuanto aquella inclinada, en cambio, a identificarla con el malestar anímico<sup>531</sup>.

Desde esta perspectiva, el daño existencial es equiparado al daño patrimonial y al daño moral, con el propósito de complementarlos y clarificarlos.

Entonces, el daño existencial vendría ser considerado un daño “*no patrimonial*” (aunque dejamos sentado que no estamos de acuerdo con esta denominación, por cuanto concentra la figura del daño en las cosas – el patrimonio – en vez de la persona humana, como destinatario del

---

<sup>529</sup> Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l'uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, pp. 10 y 11.

<sup>530</sup> Ziviz, Patrizia, *Il danno non patrimoniale*, p. 377.

<sup>531</sup> Ziviz, Patrizia, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, en: *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000, p. 47.

Derecho), que se sustrae, sin embargo, al sistema restrictivo de la reparación prevista por el artículo 2059 del código civil italiano.

Este perjuicio impide a la víctima el pleno desarrollo de su personalidad, objetivo prioritario en la tutela constitucional del individuo<sup>532</sup>, por ello que sujetar esta voz de perjuicio a las restricciones previstas por el artículo 2059 del código civil pondría en evidencia el contraste de la norma con la constitución, y no sólo en el perfil del artículo 2<sup>533</sup> de la Carta magna italiana, sino también en el artículo 3 de la misma.

La norma de referencia para la tutela del daño existencial es, por ende, la previsión general del artículo 2043 del código civil. En efecto, para que una posición subjetiva sea asistida por una garantía constitucional, debe tener “el mismo razonamiento que vale para el daño a la salud según lo establecido por el artículo 32 de la constitución, es decir en estos casos el daño no patrimonial debe ser reparado por el artículo 2043 del código civil, como especie del daño injusto<sup>534</sup>.”

Respecto al daño biológico, el daño existencial constituye un *genus* que comprende dos bajos-sectores fundamentales, el del daño existencial-biológico (lugar en el cual comprender las hipótesis efectivas de agresión a la salud) y la del daño existencial no biológico (espacio para situaciones perjudiciales inherentes a bienes diversos de la integridad psicofísica)<sup>535</sup>.

Si bien presentando algunos elementos de contacto, el daño biológico y el daño existencial se presentan como figuras diversas<sup>536</sup>, y esta misma distinción se esgrime con relación al daño psíquico, ya que éste es siempre una lesión de la salud, cuando también la integridad

---

<sup>532</sup> Bilotta, Francesco, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*, en: *Danno e responsabilità*, n.4, Ipsoa, Milán, 2001, pp. 399 y ss.

<sup>533</sup> El cual dispone que: “*La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social*”.

<sup>534</sup> Monateri, Pier Giuseppe, “*Alla soglie*”: *la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*, p. 838.

<sup>535</sup> Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, en: *Responsabilità civile e previdenza*, año LXIX, fascículo 6, Giuffrè editore, Milán, 2004, p. 1309 y ss.

<sup>536</sup> Una notable posición doctrinal ha sostenido, sobre el particular, que “el daño existencial no puede ser considerado voz agregada respecto a las otras voces de daño a la persona que en el tiempo la doctrina y la jurisprudencia han presentado. En efecto, el daño existencial es considerado como una categoría general capaz de comprenderlos todos, ya sea en el supuesto en que, a causa de la pérdida, se presente una lesión biológica, ya sea en el caso en que exista una lesión no biológica”: Bilotta, Francesco, *Il prisma del danno non patrimoniale*, en: *Responsabilità civile e previdenza*, año LXX, fascículos 4 y 5, Giuffrè editore, Milán, 2005, p. 1113.

mental de la víctima está comprometida, como consecuencia del dolor sufrido por un determinado ilícito.

Si las afinidades subsisten entre el daño biológico y el daño existencial, a mayor razón estas se presentan entre el daño moral y el daño existencial. Sin embargo, en la persistente búsqueda de los más netos límites de la figura, se resalta que el daño moral es esencialmente un sentir, donde el daño existencial impone un no hacer, el uno concierne por su naturaleza el interior de la persona, en la esfera de la emotividad, el otro concierne fuera del interior del sujeto, al tiempo y al espacio de la víctima.

De ello, se deriva que el daño existencial es, por su misma configuración, un daño-consecuencia y no un daño evento.

En efecto, los rasgos diferenciales entre el daño biológico, daño moral y daño existencial implican, como corolario teórico y práctico, la acumulabilidad, en la esfera de una misma víctima, de las diversas voces de daño.

No subsisten, por ende, con el daño existencial el tradicional sistema bipolar (daño patrimonial-daño no patrimonial), y tampoco el tripolar (daño patrimonial, daño no patrimonial, daño biológico), sino un sistema cuatripolar: a las tres categorías mencionadas se agrega la del daño existencial.

Respecto a las reglas operativas sobre el daño existencial, estas pueden esgrimirse de la siguiente manera general: respecto a la prueba del daño en cuestión, tratándose de un daño-consecuencia, debe considerarse prevalente el régimen de la presunción. En el hecho mismo de la lesión de un derecho de la persona, se encuentra en forma implícita normalmente el daño, es decir, en sustancia *res ipsa loquitur*<sup>537</sup>.

En efecto, sobre esta última regla no podrá ser utilizada sólo en relación con específicas o singulares consecuencias perjudiciales propugnadas por la víctima.

La cuantificación del daño existencial debe necesariamente confiarse al criterio equitativo, no siendo posible un cálculo matemático del valor destruido o deteriorado en la esfera de la víctima, como sucede en los daños de naturaleza patrimonial. Sin embargo, el juicio equitativo debe ser respetuoso de la función confiada a la reparación en cuestión, que no es satisfactiva, ni afflictiva, sino compensativa impropia. La suma liquidada por el juez puede, por

---

<sup>537</sup> Ziviz, Patrizia, *La valutazione del danno esistenziale*, en: Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, al cuidado de Paolo Cendon, volumen III, Cedam, Padua, 2001, p. 2785 y ss.

ello, al mismo tiempo, ser presentada por la gravedad de la conducta lesiva (función aflictiva), y por el costo de las actividades que comprometen a la víctima.

Entonces, el juicio equitativo no puede excluir el necesario recurso a la casuística jurisprudencial de la misma materia o en otra afín.

Por otro lado, para algunos juristas que propugnan la reparación del daño existencial, éste no es sino “hijo” de la jurisprudencia constitucional, especialmente de la sentencia número 184 de 1986. En efecto, si la tutela del daño biológico nació de la combinación del artículo 2043 del código civil con el artículo 32 de la constitución, la tutela del daño existencial nace de la combinación del mismo artículo 2043 del código civil con otras previsiones constitucionales, que protegen derechos fundamentales de la persona.

En este punto, puede esgrimirse una diferencia entre el planteamiento del reconocimiento del daño existencial por parte de la Escuela turinesa y la triestina.

Para los juristas de Turín, que también con gran estímulo se han presentado como defensores de la nueva voz de daño, la relevancia del daño existencial reside en el rango constitucional de las situaciones protegidas, especialmente seleccionadas y extrapoladas de la genérica previsión del artículo 2 de la constitución, en especial referencia al derecho a la identidad personal, al derecho a la autodeterminación de la pareja, a la libertad religiosa y al derecho a las relaciones familiares. En orden a las situaciones subjetivas de segura protección constitucional sería irrazonable proporcionar a la víctima del daño una reparación limitada a los angostos límites del artículo 2059 del código civil.

En cambio, la escuela triestina defiende una categoría más vasta del daño existencial, como comprometimiento de toda actividad no productora de riqueza de la persona, comprensiva también de simples malestares idóneos a impedir el pleno desarrollo de la persona humana. A esta figura se reconducen hipótesis tanto de responsabilidad extracontractual como contractual, como el daño por *mobbing* del trabajador o las vacaciones arruinadas.

En el derecho italiano no han faltado voces que son contrarios a su reconocimiento. De acuerdo a este sector de la doctrina, las críticas al daño existencial se pueden dividir entre estructurales y funcionales. Las primeras conciernen a la admisibilidad teórica y fundamento normativo de la categoría, las segundas a su utilidad y posibilidades prácticas<sup>538</sup>.

---

<sup>538</sup> Rossetti, Marco, *L'inutilità del danno esistenziale*, en: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2007, pp. 77 y ss.

Siguiendo este sector doctrinal, las críticas que atacan la configuración del daño existencial, podrían resumirse en las siguientes: a) Esta voz de daño adolecería de indeterminación excesiva<sup>539</sup>, puesto que con toda privación o renuncia a una actividad, se volvería reparable cualquier “capricho” de la víctima. La nueva noción expresaría no una exigencia objetiva del ordenamiento, sino una abstracta aspiración a la felicidad, cuya garantía no concerniría a la tradicional responsabilidad civil; b) En el sistema italiano, esta voz de daño, en cuanto se consideraría un perjuicio no patrimonial, no podría repararse sino en los casos a los que remite el artículo 2059 del código civil, es decir, cuando concurriera una hipótesis de delito penal. Si se puede afirmar la reparabilidad de este tipo de daño fuera del esquema de esta norma significa, por ende, soslayar el contenido de ésta.

Se postula, asimismo, que el daño existencial consiste propiamente en una renuncia no deseada a realizar una actividad o acto que se realizaba con frecuencia. Este perjuicio existencial, por ende, no consiste en sufrir, ni en lagrimear, sino en un no hacer forzosamente inducido por el hecho ilícito de tercero. Respecto a la postulación de un atentado contra el artículo 2059 del código civil, se replica que es necesaria una toma de conciencia sobre la crisis que atraviesa la dicotomía tradicional daño patrimonial-daño no patrimonial, luego de la llegada del daño biológico. En efecto, también este último constituye una hipótesis de daño no patrimonial, reparado más allá de los límites del artículo 2059. Por ende, no sería válida la posición que sobre dimensiona lo prescrito por el artículo 2059 para negar legitimidad a la noción de daño existencial. La validez del daño biológico demostraría que el supuesto obstáculo que representa esta norma no es insuperable; y c) Finalmente, se presenta el problema de la previsibilidad del daño existencial<sup>540</sup>, a los fines de su imputación al autor del daño a título de culpa.

En Italia, una posición doctrinal considera esta voz de daño como una “*fábula*” de una felicidad pérdida<sup>541</sup>, que consagra el derecho constitucional de Estados Unidos, pero que no está reconocido por las normas italianas<sup>542</sup>. Pero un ataque más sistemático ha sido esgrimido por la

---

<sup>539</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto (dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel “law in action”*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXI, n. 01, Jovene editore, Nápoles, marzo del 2003, p. 35.

<sup>540</sup> Feola, Maria y Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XXV, n. 03, Jovene editore, Nápoles, septiembre del 2007, pp. 435 y ss.

<sup>541</sup> Gazzoni, Francesco, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*, en: *Rivista di diritto commerciale*, I, Piccin, Padua, 2000, pp. 675 y ss.

<sup>542</sup> Contra esta posición, se ha rebatido que: “entre las críticas al daño existencial, además, se ha presentado la que concierne a la indeterminación que presentaría esta figura: por ende, considerarlo el baluarte de la salvaguardia de una abstracta, en cuanto genérica, aspiración a la felicidad...En realidad, mediante la reparación del daño

Escuela pisana, que reconoce en Francesco Donato Busnelli a su máximo representante, junto a su discípulo, el profesor Giulio Ponzanelli de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y el discípulo de este último, Giovanni Comandè, profesor de la Escuela Superior de Estudios Universitarios y Perfeccionamiento de Pisa.

Para la Escuela pisana, las críticas contra el daño existencial pueden, en síntesis, ser las siguientes:

- a) Con este perjuicio se busca reparar todo perjuicio, prescindiendo de un derecho o de un interés reconocido en el ordenamiento jurídico.
- b) La categoría criticada es sólo una meta categoría no homogénea y genérica.
- c) La resarcibilidad del daño existencial representaría un costo insoportable para la colectividad, minando las bases el mismo sistema resarcitorio, para transformarlo en un sistema de seguridad social.
- d) La configuración del daño existencial es el resultado final de un “*derecho ocioso*”,<sup>543</sup> tanto por parte de los estudiosos que de los jueces: tanto los unos y los otros utilizan los débiles argumentos retóricos, en vez de utilizar los concretos materiales normativos en el respeto de la coherencia sistemática.
- e) El verdadero problema no es introducir otro polo reparatorio, sino racionalizar la regla de la bipolaridad del ordenamiento italiano, fundada en la distinción entre daño patrimonial (artículo 2043 del código civil) y daños no patrimoniales (artículo 2059 del código civil italiano).

---

existencial no se trata de atribuir relieve resarcitorio a cualquier capricho de la víctima: la protección aquiliana es, en efecto, activada frente a las consecuencias dañosas de carácter existencial derivadas de comportamientos calificados como ilícitos. No toda repercusión negativa de orden existencial representa, en cuanto tal, un perjuicio por resarcir; a este fin, es indispensable que en el origen de esta exista la lesión de un interés tutelado del ordenamiento, susceptible de prevalecer en el interés del autor del daño, en el balance mediante el cual se resuelve el juicio de injusticia. Solamente donde la víctima sea titular de una situación subjetiva merecedora de tutela, cuya violación parece susceptible de reflejarse negativamente en la esfera de realización personal, será posible dar curso al resarcimiento”: Ziviz, Patrizia, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXVI, fascículos 4-5, Giuffrè editore, Milán, 2001, pp. 818-819.

<sup>543</sup> Comandè, Giovanni, *Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*, en: *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2003, p. 63.

f) La abolición del sistema bipolar conduciría a una hipertrofia del daño a la persona, donde de manera precisa ésta es actualmente objeto de crítica en Francia, donde el ordenamiento reconoce la única regla omnicomprensiva del artículo 1382 del código napoleónico.

Puede parecer una singular contradicción que las críticas más agresivas a la categoría del daño existencial provengan de la Escuela pisana, a la cual principalmente, como hemos visto líneas arriba, se debe la elaboración de la figura del daño a la salud, tan cercana a la que estamos tratando, es decir al daño existencial.

No obstante, esta postura es comprensible, especialmente en el perfil psicológico: los elementos de contigüidad entre daño existencial y el daño a la salud hacen temer a la escuela pisana una insidia para los límites mismos del daño biológico, esgrimidos por Busnelli y sus discípulos.

Por su parte, el Prof. Ponzanelli postula que reconocer la reparación del daño existencial es privilegiar, de forma excesiva, la función de compensatoria de la responsabilidad civil. El riesgo de generar una *overcompensation*, con los problemas sociales y patologías que implica, es tan notorio que hace forzoso criticar dicho reconocimiento. Este jurista sostiene que las reglas de la responsabilidad civil tienden, sobre todo, a lograr un balance entre los intereses de dos polos en conflicto. Con la reparación de este perjuicio existencial se propiciaría un gran desequilibrio, debido al privilegio que se concedería a la función compensatoria en detrimento de la función de *deterrence*, vale decir contra la incidencia que las previsiones del ordenamiento jurídico tienen en el tipo de actividad (potencialmente generadoras de daños o no) que las personas deciden llevar a cabo<sup>544</sup>.

La jurisprudencia italiana, en sus diversas instancias, que reconocen o rechazan la admisión del daño existencial es muy numerosa. No obstante, es necesario hacer una breve referencia a la situación de esta voz del daño a la persona, después de las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 del 11 de noviembre del 2008 de las Secciones Civiles Unidas de la Corte de Casación italiana. Como ha indicado el Prof. Monateri<sup>545</sup>, estas sentencias expresan diáfano el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso fuera de los casos expresamente previstos por la ley, por la violación de un derecho constitucionalmente garantizado de la persona. Estos perjuicios no formarían parte de una

---

<sup>544</sup> Ponzanelli, Giulio, *Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003*, en: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, p. 16 y ss.

<sup>545</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: *La responsabilidad civil*, volumen III, Biblioteca "Observatorio de Derecho civil", Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 177.

categoría jurídica aparte, sino constituyen una categoría descriptiva, de esta manera son tratados expresamente y considerados por las Secciones Unidas, como una especie de voz de daño reparable, dentro de la categoría codicista de los daños no patrimoniales, incluso resarcibles fuera de los casos de delito. La orientación argumentativa de la sentencia es necesariamente “revalorativa” del estado del debate, sin exceder en un inútil historicismo, aunque intenta vincularse con el pasado, presenta un carácter reconstructivo, pero en la parte final manifiesta un carácter propiamente constructivo<sup>546</sup>.

En el curso de las sentencias, se reafirma que, para la prueba de estos perjuicios, encuentra amplio espacio el recurso a las presunciones, contando con que el código civil italiano, a menudo, no establece una jerarquía entre las fuentes de prueba y no discrimina la prueba presuntiva en detrimento de las otras.

Sobre el daño existencial, las Secciones Unidas ha proclamado que «en los últimos años se han formado en el tema de los daños no patrimoniales dos contrapuestas orientaciones en la jurisprudencia, una favorable a la configurabilidad, como categoría autónoma, del daño existencial - comprendida, según una tesis doctrinal que ha tenido apoyo en la jurisprudencia, como perjuicio no patrimonial, diversos del daño biológico, en ausencia de la lesión de la integridad psico-física, y del denominado daño moral subjetivo, en cuanto no atañe a la esfera interior del sentir, sino a la más económica del sujeto - por el contrario».

Por ende, como sostiene el prof. Salvatore Patti, se trata de un aspecto de relevancia principal para la valoración de las sentencias, por cuanto el contraste denunciado no concierne a la reparación del daño existencial, sino simplemente a su «configurabilidad, como autónoma categoría» dentro de la categoría del denominado daño no patrimonial<sup>547</sup>.

Con las sentencias del 2008, el intento de la Corte de Casación ha sido repensar radicalmente la categoría normativa del denominado “daño no patrimonial”<sup>548</sup>. Puede resaltarse un cierto paralelismo con lo que había sucedido con el daño a la salud, en la fase en la cual éste había asumido la función de resumir en sí figuras que en el pasado había gozado de autonomía: el daño por incapacidad genérica de trabajo, el daño estético, el daño a la vida de relación. Este

---

<sup>546</sup> Franzoni, Massimo, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, p. 115.

<sup>547</sup> Patti, Salvatore, *Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial*, en: *La responsabilidad civil*, volumen III, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 186.

<sup>548</sup> Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli editore, Bologna, 2009, pp. 68 y ss.

paralelismo no ha sido explicitado en la Corte italiana, pero puede mantenerse la idea de lo que las Secciones Unidas de la Corte de Casación han deseado indicar con la expresión “daño no patrimonial”<sup>549</sup>. Entonces, una vez afirmado que el daño no patrimonial es único, se concluye que es unitario y debe serlo también su función, por eso, que no suele interrogarse sobre la capacidad compensativa, satisfactoria o punitiva de las singulares figuras: daño biológico, moral y existencial.

La definición de perjuicio existencial acogida por las Secciones Unidas, como nos indica el Prof. Monateri<sup>550</sup>, es la que se refiere al daño causado a la esfera no económica del sujeto, que altera sus costumbres de vida, sus relaciones que le eran propias, induciéndolo a elecciones de vida diferentes respecto a la realización de su personalidad en el mundo externo. Esta definición, que se alinea con la naturaleza objetiva del daño existencial, a diferencia de los perjuicios de naturaleza simplemente emotiva e interior, también es de máxima relevancia, ya que acoge la definición que fue esbozada respecto a este problema en un célebre, y muy conocido, ensayo de Patrizia Ziviz<sup>551</sup>, que hemos tratado en páginas precedentes.

En consecuencia, si bien las Secciones Unidas de la Corte consideran que esta definición no da lugar a una autónoma categoría de daño, así como también consideran que la noción de daño biológico y de daño moral responden a simples exigencias descriptivas y no implican el reconocimiento de diversas categorías de daño, pero ello no aparta que estas puedan ser amparadas, por lo que pueden ser reconocidos, por comodidad de síntesis, los daños que atañen a la dignidad de la persona y que son resarcibles en virtud de los artículos 1, 2, 4 y 35 de la Constitución italiana. De tal modo, los perjuicios existenciales regresan a ser considerados dentro de la categoría general de daños y perjuicios que normalmente resultan de la lesión y que, por ello, se pueden presumir, salvo prueba en contrario.

No obstante, la lectura de la Escuela pisana sobre estas cuatro sentencias presenta algunos puntos divergentes. Para los juristas pisanos, las Secciones Unidas han respondido negativamente a las exigencias de autonomía de la categoría del daño existencial<sup>552</sup>. Han propugnado la

---

<sup>549</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, en: *Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile*, año CXXIII, n. 04, serie III, Jovene editore, Nápoles, 2008, p. 540.

<sup>550</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, p. 179.

<sup>551</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en: *Contratto e Impresa*, año X, núm. 2, Cedam, Padua, 1994, pp. 845 y ss.

<sup>552</sup> Comandè, Giovanni, *La verità, vi prego, sul danno esistenziale*, en: *Guida al Diritto*, n. 47, 2008.

bipolaridad del sistema de la responsabilidad civil y la tipicidad del artículo 2059 del código civil, los perjuicios inherentes a la esfera existencial de la persona no son reconducibles a una autónoma categoría de daño. Sobre la base de esta perspectiva del citado artículo 2059, la fuente de la obligación ya sea de naturaleza extracontractual como contractual, no tiene importancia para los fines de la reparación del daño no patrimonial, en cuanto este último es liquidable siempre y solamente en las hipótesis previstas y en caso de lesión de derechos inviolables inherentes a la persona.

Para la Escuela pisana, las razones de las sentencias son esencialmente dos: a) defecto del requisito de injusticia del daño constitucionalmente calificada; b) falta de consistencia de la ofensividad del daño, por la cual pueda establecerse que la lesión del derecho haya ocasionado un perjuicio serio.

Como corolario de ello, indican los pisanos, en cuanto a la contención de los perjuicios reparables, resulta enriquecida por eliminar la duplicación resarcitoria que frecuentemente se configura en la liquidación del daño a la persona, que no se presentarán más.

Los cambios jurisprudenciales, como señala el Prof. Emanuele Lucchini Guastalla<sup>553</sup> de la Universidad Bocconi de Milán, en materia de daño a la persona, han conducido a una amplia lectura del artículo 2059. El planteamiento de reparar todas las consecuencias del ilícito de carácter no traducible en lo económico debe ser resarcido en aplicación del artículo 2059 y no del artículo 2043 del código civil italiano, con lo que se continúa con la evolución de los últimos cuarenta años. En efecto, el daño biológico y la lesión de todo bien o interés de importancia constitucional, comprobado el ilícito civil (artículo 2043), será resarcido en aplicación del artículo 2059 interpretado a la luz de los principios constitucionales.

Por último, los profesores Guido Alpa y Giorgio Resta en su libro *I diritti della personalità*<sup>554</sup>, quizás la mejor obra jurídica escrita en los últimos tiempos en Italia sobre los derechos de la persona, reportan la importancia de la sentencia número 7513 del 27 de marzo de 2018, emitida por la Tercera Sección Civil de la Corte de Casación italiana, sobre la reparación del daño a la persona. Así se pueden establecer los siguientes criterios:

---

<sup>553</sup> Lucchini Guastalla, Emanuele, *Il contratto e il fatto illecito. Corso di diritto civile*, segunda edición, ampliada y actualizada, Giuffrè editore, Milán, 2016, p. 515.

<sup>554</sup> Alpa, Guido y Resta, Giorgio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, Utet Giuridica, Vicenza, 2019, p. 601 y ss.

- a) El ordenamiento italiano prevé y regula solamente dos categorías de daños: el patrimonial y el no patrimonial.
- b) El daño no patrimonial (como el patrimonial) constituye una categoría jurídica unitaria.
- c) Con la expresión “*categoría unitaria*” significa que cualquier perjuicio no patrimonial será objeto de la mismas reglas y criterios resarcitorios (artículos 1223, 1226, 2056 y 2059 del código civil italiano de 1942).
- d) En la liquidación del daño no patrimonial a la persona el juez debe, de un lado, examinar todas las consecuencias dañosas del ilícito y, por el otro, evitar atribuir nombres diversos a los perjuicios idénticos.
- e) En sede de instrucción, el juez debe proceder a una profunda comprobación, en concreto y no en el plano abstracto, sobre la efectiva subsistencia de los perjuicios afirmados (o negados) por las partes.
- f) Frente a un daño permanente a la salud, constituye duplicación resarcitoria la atribución de un monto de dinero respecto al daño biológico, y la atribución de una suma por el resarcimiento de los perjuicios que se relacionan a un grado porcentual de invalidez permanente.
- g) Ante un daño permanente a la salud, la medida estándar del resarcimiento prevista por la ley o por el criterio equitativo uniforme adoptado por los órganos judiciales de mérito puede ser aumentada solamente ante la presencia de consecuencias dañosas consideradas normales e indefectibles, según el *id quod plerumque accidit* (o los que la persona con la misma invalidez no podría dejar de sufrir o ser afectado), no justifican personalización para aumentar el resarcimiento.
- h) En presencia de un daño a la salud, no constituye duplicación resarcitoria, la atribución de un monto de dinero a título de resarcimiento del daño biológico, y una suma posterior a título de reparación de los perjuicios que tienen fundamento médico-legal, debido a que no teniendo base orgánica y siendo extraños a la determinación médico-legal respecto al nivel perceptual de invalidez permanente, representados por el sufrimiento interior (como vergüenza, miedo, desesperación, etc.).
- i) Cuando sea correctamente probada la existencia de uno de estos perjuicios que no tienen fundamento médico-legal, deben ser parte de separada valoración y liquidación.
- j) El daño no patrimonial a la persona que no derive de una lesión de la salud, pero que es consecuencia de la lesión de otros intereses constitucionalmente tutelados, es liquidado,

teniendo en cuenta tanto los daños sufridos por la víctima como los concernientes a la dimensión dinámico-relacional de la vida del sujeto lesionado.

### 7.1.7.- Valoración del modelo italiano

El daño a la persona es un producto de la nueva concepción del ser humano, que ha originado, de la misma forma, una nueva visión de la juridicidad<sup>555</sup>. Como ha resaltado el maestro pisano Francesco Donato Busnelli: “*es realmente singular la coyuntura histórica del daño a la persona, tratándose de una figura de daño ignorada por los códigos tradicionales proclives a des-vincularse de una definición del daño cuando formulan la regla general de la responsabilidad civil por acto ilícito (...). Recientemente se ha impuesto a la atención de los jueces y de fines de explorar los confines de la “nueva” responsabilidad civil, exponiéndola finalmente a la influencia de los principios constitucionales, pero, al mismo tiempo, introduciendo preocupantes interrogantes relativas a la “cabida” del sistema diseñado, en estos términos, por los códigos*”<sup>556</sup>.

Como se puede apreciar, el juicio de Busnelli resalta la centralidad de la persona en la denominada responsabilidad civil o derecho de daños, y, en manera general, en la moderna ciencia jurídica. Es una consecuencia de la “*humanización del Derecho*”<sup>557</sup>.

El daño a la persona es el centro de la nueva responsabilidad civil y lo son, por ende, todas sus modalidades.

Como hemos apreciado en las páginas precedentes, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, el concepto de “daño a la persona” empieza a tener valiosos desarrollos a partir de la segunda mitad del siglo XX<sup>558</sup>. Con la noción de “daño a la persona” se comprenden todos aquellos que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan, indistintamente, ya sea como “daños a la salud” o “daños biológicos” (escuela pisana y genovesa), según las restricciones del ordenamiento jurídico italiano, que se remonta a los años

---

<sup>555</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

<sup>556</sup> Busnelli, Francesco Donato, *El daño a la persona*, en: *Persona, libertad y Derecho. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 343.

<sup>557</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 463.

<sup>558</sup> Comandè, Giovanni, *Economia, sviluppo culturale e danno alla persona*, en: *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, G.Giappichelli editore, Turín, 1999, p. 03 y ss.

cuarenta del siglo XX, así como lo dispuesto por la Corte Constitucional de Italia mediante sentencia número 184 del año 1986.

A inicios de la década de los noventa del siglo XX surgió una tercera categoría de daños bajo la nomenclatura de “daño existencial”, creación de la Escuela de Trieste. Su propósito, como hemos apreciado, fue incorporar dentro de esta categoría de daños todos aquellos daños a la persona que no siendo daños “biológicos” o “morales”, originan consecuencias no patrimoniales<sup>559</sup>. Sin embargo, en contraste con la restrictiva disposición del artículo 2059 del código civil de Italia, el numeral 2043 de este cuerpo normativo prescribe, genéricamente, que quien comete un daño injusto, por dolo o culpa, está obligado a repararlo. Este contraste dio origen a todo un largo período de incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peninsular.

No obstante, la propuesta doctrinaria antes referida, dos tribunales italianos acudieron a la Corte Constitucional de su país para que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 2059, debido a que colisionaba con lo dispuesto en el artículo 32° de la constitución de Italia que protege la salud, comprendida ésta en su amplio sentido de bienestar personal. La Corte Constitucional, con sentencia número 184 de 1986, en vez de declarar, como hubiera sido lo adecuado, la inconstitucionalidad del mencionado artículo 2059 del código civil peninsular, dispuso que el “daño a la persona” de carácter psicosomático, bajo la expresión de “daño biológico,” debía repararse según lo dispuesto en el referido artículo constitucional. Asimismo, dispuso que cuando el artículo 2059 se refería al “daño no patrimonial” debía comprenderse que solo aludía al tradicional daño “moral”, como dolor o sufrimiento con exclusión, por ende, de cualquier otro daño a la persona de consecuencias no patrimoniales.

Después de 22 años, con las sentencias 26972, 26973, 26974 y 26975 del 11 de noviembre del 2008 de las Secciones Civiles Unidas de la Casación italiana se ha establecido el principio jurídico por el cual los perjuicios existenciales son reparables cuando se originen incluso fuera de los casos expresamente previstos por la ley, de la violación de un derecho constitucionalmente garantizado del sujeto de derecho.

Es necesario destacar, al concluir este recorrido, que la doctrina y jurisprudencia italianas han tenido que transitar un camino fatigoso para llegar al reconocimiento pleno del “daño a la persona”, el cual se ha consolidado y se reconoce su reparación. Si bien algunas especies de este son aún materia de debate en el derecho peninsular, la categoría general del daño a la persona no

---

<sup>559</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pp. 756 y ss.

se discute ni contesta. Esto es producto de una evolución experimentada a través de más de cuatro décadas, la que atiende a concretarse y extenderse mediante la elaboración de baremos o tablas de infortunios.

Es un gran avance del derecho italiano sensibilizar a los hombres del Derecho en torno a la gravitación jurídica del “daño a la persona” y todas sus modalidades, así como sobre la exigencia de su apropiada reparación, pues, recordando una hermosa reflexión de la jurista italiana Patrizia Ziviz, esto es producto de “*un cambio radical de perspectiva, que obliga a profundas reflexiones, respecto al rol de juez o, más en general, del jurista: ayer ocupado en leyes y expedientes, hoy compelido a preguntarse, en primer lugar, que es el hombre*”<sup>560</sup>.

## **7.2.- La experiencia peruana del daño a la persona: sus desarrollos y el daño al proyecto de vida**

### **7.2.1.- La visión libertaria del ser humano: un aporte peruano**

Es necesario iniciar este recorrido tratando algunos temas fundamentales, que, sin los mismos, no es posible evidenciar los fundamentos de una perspectiva moderna del derecho de daños, en los que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

En efecto, la nueva concepción del ser humano, como nos ha enseñado el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego lo concibe como un ser libertad, a la vez coexistencial y temporal<sup>561</sup>, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. El ser humano no se agota únicamente en ser “*una unidad psicosomática*”, sino que se trata de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca “*vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose*”<sup>562</sup>.

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, insertado y

---

<sup>560</sup> Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, cit., p. 869.

<sup>561</sup> Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que desarrolló en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 507.

<sup>562</sup> Entonces, “*la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto*”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006, p. 112.

participando del bien común<sup>563</sup>. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona<sup>564</sup>.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos, así como de toda la institucionalidad jurídica<sup>565</sup>.

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace al ser humano un ser único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo<sup>566</sup>. Es decir, que posea dignidad<sup>567</sup>.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

La libertad ontológica, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como lo ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego<sup>568</sup>, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

---

<sup>563</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, p. 02.

<sup>564</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 49.

<sup>565</sup> Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 1061 y ss.

<sup>566</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 389.

<sup>567</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pp. 508-509.

<sup>568</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, p. 871.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “*circunstancias*” como decía el filósofo español José Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”<sup>569</sup>.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad del existir en el denominado “*proyecto de vida*”.

### **7.2.2.-La concepción tridimensional de la experiencia jurídica: la propuesta peruana**

Otro importante elemento para una visión realista de la reparación del ser humano es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal<sup>570</sup>. Esta concepción jurídica supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no hubiera sido posible elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del ser humano, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del

---

<sup>569</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, p. 872.

<sup>570</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 143 y ss.

Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

Asimismo, el tridimensionalismo de origen latinoamericano postula que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “*lo jurídico*”. Si bien ninguno de ellos es, por sí mismo, “Derecho”, tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico<sup>571</sup>.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante.

Como lo sostiene un sector de la doctrina contemporánea, se tuvo que esperar el aporte de la Teoría Tridimensional para lograr mostrar y comprender unitariamente lo que acontece en la compleja experiencia jurídica. Es decir, para advertir que el Derecho no se agota en ninguna de las dimensiones a las que se ha hecho referencia, sino que ellas interactúan dinámicamente para obtener una concepción unitaria y real<sup>572</sup>.

### **7.2.3.- La reparación del daño a la persona**

El vocablo “reparación” cuenta con doce acepciones en el *Diccionario de la lengua española*. De estas, solamente dos son aplicables a la *reparación de los daños*, desde una concepción jurídica<sup>573</sup>.

---

<sup>571</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, p. 119 y ss.

<sup>572</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

<sup>573</sup> Como nos informe el destacado jusfilósofo y civilista argentino Osvaldo R. Burgos en su valiosa obra *Daños al proyecto de vida*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 8.

En efecto, “reparar” (derivado del latín *reparare*) concierne tanto a la acción de “desagraviar, satisfacer al ofendido” como a la de “remediar o precaver un daño o perjuicio”.

La primera de las acepciones del verbo *reparar* tiene una connotación moral, en tanto que la segunda un cariz jurídico.

En efecto, en la acepción jurídica la *reparación* se refiere tanto a *remediar* un perjuicio o daño ya producido, como *precaver* un daño o perjuicio aún no producido y, por ende, evitar que se produzca<sup>574</sup>.

Como sostiene acreditada doctrina jusfilosófica argentina<sup>575</sup>, la acción jurídica de *reparar* podrá dirigirse a la evitación de un daño, perjuicio o detrimento que no llegará a producirse nunca. Es decir, desde un punto de vista lingüístico y en referencia a la significación prevista para la expresión reparar en el ámbito jurídico, no puede exigirse la manifestación fehaciente de un daño o detrimento como presupuesto de la reparación.

Asimismo, la reparación puede válidamente ser anterior al daño o perjuicio, incluso con el objetivo de que el detrimento no llegue a producirse.

Si posteriormente el evento dañoso se produce efectivamente, puede ser también que la reparación no ha sido lo suficientemente eficaz en su afán de precaverlo. Y habrá que *remediarlo*.

Por ende, la reparación de un daño o perjuicio supone las consideraciones de dos instancias, sucesivas en el tiempo, divididas por el momento de producción del daño al que la acción se refiere.

En consecuencia, sólo si la intención precautoria del primer momento de la reparación fracasa, al menos parcialmente, el evento dañoso irrumpirá en el entramado social, exteriorizándose como suceso disvalioso<sup>576</sup>.

En efecto, tras la efectiva producción del evento dañoso, la expectativa de reparación cambiará su campo de sentido, trasladándose a ser comprendida como exigencia de imposición de un *remedio eficaz* para las consecuencias disvaliosas.

---

<sup>574</sup> Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 8.

<sup>575</sup> Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 8.

<sup>576</sup> Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 9.

Vale decir, reparar un daño, perjuicio o detrimento es, en primer lugar, evitar que un evento dañoso se produzca y, sólo después, resarcirlo<sup>577</sup>.

En cuanto a los daños al sujeto de derecho, los daños a la persona<sup>578</sup>, que representa el problema más arduo de la ciencia jurídica contemporánea<sup>579</sup>, cada uno de los daños psicosomáticos causados al sujeto de derecho, como el “daño al bienestar” y “daño biológico”, debe ser valorizado y liquidado independientemente de los daños con consecuencias patrimoniales como el “lucro cesante” y el “daño emergente”. La plena reparación de los daños a la persona actualmente es una solución difícilmente revocable, tanto que sus principales aristas como la valoración y la liquidación<sup>580</sup>, así como la identificación del objeto de la obligación reparatoria y su medida en términos pecuniarios son preocupaciones centrales para el jurista de hoy<sup>581</sup>.

En efecto, el “daño biológico”, constituido por la lesión a la integridad del sujeto, debe ser debidamente valorizado<sup>582</sup>. Para este fin, en ciertos países desarrollados existen baremos o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias, elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, abogados, psicólogos, economistas, aseguradores, entre otros, o por los propios tribunales de justicia o por disposición legal.

En este sentido, en el proceso de elaboración de los baremos o tablas de infortunio, los grupos de trabajo multidisciplinarios tienen en cuenta tanto la jurisprudencia sobre la materia, la importancia que posee para la vida humana la parte o aspecto de la unidad psicosomática que ha

---

<sup>577</sup> Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 9.

<sup>578</sup> Como afirmaba el más importante jurista francés del siglo XX, Jean Carbonnier, “*el cuerpo – su salud, su integridad, su vida – es el capital más preciado del hombre*”: Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, París, 2010, p. 159.

<sup>579</sup> Así lo anota el notable maestro italiano, profesor de la Universidad Federico Segundo de Nápoles, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1993, p. 12.

<sup>580</sup> Rampazzo Soares, Flaviana, *Responsabilidade civil por dano existencial*, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009, p. 42.

<sup>581</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XVI – 4, Jovene, Nápoles, diciembre de 1998, pp. 765-766.

<sup>582</sup> Koteich Khatib, Milagros, *La dispersión del daño expatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 117.

sufrido detrimento, así como las condiciones socioeconómicas del país y otros factores relevantes<sup>583</sup>. En otros casos, los baremos son elaborados por los tribunales de justicia, como es el caso del Tribunal de Milán, en la experiencia italiana, o son establecidos por la ley, como es el caso de España<sup>584</sup>.

Es necesario anotar que estos baremos no son de aplicación obligatoria sino únicamente tienen el carácter referencial, creados con el propósito de lograr una jurisprudencia lo más uniforme posible. En efecto, para la valorización y consecuente reparación por la pérdida de un determinado dedo de la mano de un ser humano, los baremos fijan un determinado monto económico para el referido miembro. La suma fijada en el baremo parte del principio que el valor de un dedo de la mano es igual para todos los seres humanos<sup>585</sup>. Sin embargo, este criterio no es totalmente rígido, sino que admite al mismo tiempo, una cierta flexibilidad. El juez puede, de ser necesario, aumentar razonablemente el valor de la reparación si el caso lo amerita.

Como enseñaba el maestro Fernández Sessarego, no cabe duda de que el dedo de la mano de un pianista tiene mayor valor que el de una persona dedicada a las labores propias del mantenimiento de la casa o el de un abogado<sup>586</sup>. Sucede lo mismo tratándose del dedo de un cirujano o de un tenista de talla profesional. En estos supuestos, basado en el dato referencial contenido en el baremo, el juez puede aumentar equitativamente el monto de la reparación<sup>587</sup>. Para tal efecto, a fin de reparar los daños a la persona, se combinan un principio de base igualitaria, que es de carácter rígido, con uno flexible, de equidad, que permite al juez, según el supuesto, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo por cada lesión.

---

<sup>583</sup> Marini, Giovanni, *Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona*, traducción al idioma castellano de Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 93 y ss.

<sup>584</sup> Para una panorámica del daño en el derecho de la Unión Europea, véase a Vaquer Aloy, Antoni, *El concepto de daño en el derecho comunitario*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 103 y ss.

<sup>585</sup> Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, p. 352 y ss.

<sup>586</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Sobre el fallo "Aróstegui" de la CSJN*, en: *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año X, N°X, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008, p. 41.

<sup>587</sup> Gnani, Alessandro, *La cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano*, traducción de Eugenia Ariano y Jaliya Retamozo Escobar, en: *Responsabilidad civil II: Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006, p. 240.

En efecto, el “daño biológico” puede afectar principalmente el soma o cuerpo<sup>588</sup>, y en este caso estamos frente a un daño fundamentalmente somático, o puede incidir preferentemente sobre el psiquismo del sujeto. No debe perderse de vista que, siendo el ser humano una unidad psicossomática, todo daño somático posee cierta repercusión en la psique, y viceversa.

En esta hipótesis, deberá tenerse en cuenta el daño psíquico<sup>589</sup>. Igualmente, se debe reparar el daño emocional -indebidamente denominado “moral”- que consiste en el dolor, turbación, el sufrimiento, la indignación y demás similares sentimientos experimentados por la víctima<sup>590</sup>. Estos sentimientos se producen en diversas situaciones como consecuencia de la pérdida de un ser querido, de un agravio a sus principios morales, a su intimidad, a su honor, a su identidad, etc<sup>591</sup>.

En efecto, estos daños psíquicos que afectan los sentimientos no son de carácter patológico y, por lo general, desaparecen, se disipan o se transforman con el correr del tiempo. Sin embargo, se deberá también, sobre la base de una pericia médico-legal, comprobar si como consecuencia del daño se ha presentado alguna psicopatía.

Asimismo, al lado del “daño biológico”, es decir, de la lesión considerada en sí misma, el juzgador valorizará el “daño al bienestar”, es decir, la repercusión que tiene la lesión sufrida por la víctima en su calidad de vida. Vale decir, cómo y con qué intensidad y extensión repercute esta lesión en la actividad habitual y ordinaria, en la vida de relación familiar y social, en la afectiva y sexual. Ciertamente, no se trata de reparar un inconveniente o malestar cualquiera sino hechos que claramente repercuten en la calidad de vida de la persona. En efecto, el detrimento que hace que la persona ya no sea la misma de antes, en cuanto al desarrollo de su vida.

En consecuencia, se trata de detrimentos y situaciones perjudiciales de cierta consideración en cuanto afectan la calidad de vida de la persona<sup>592</sup>. La existencia de la persona se verá seria y

---

<sup>588</sup> Alpa, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 570.

<sup>589</sup> Comandè Giovanni, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, en: *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 1994, p. 870 y ss.

<sup>590</sup> Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

<sup>591</sup> Mendelewicz, José Daniel, *La ardua tarea de cuantificar el daño moral*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

<sup>592</sup> Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 2003, p. 1193 y ss.

definitivamente afectada como consecuencia de este daño. Ella dejará de ser la persona que era antes, no podrá dedicarse a algunas actividades de las cuales dependía en cierta medida su vida, su subsistencia o le ofrecían un placer. De tal modo, perder una pierna, un brazo o una mano, afecta la calidad de vida del sujeto.

En tal sentido, sobre la base de los informes periciales y de la jurisprudencia, el juez, con un criterio de equidad, determinará, en cada caso, la reparación del “daño al bienestar”, teniendo en consideración los diversos factores y circunstancias relacionados con el tipo de vida y con las actividades desplegadas por el sujeto afectado<sup>593</sup>.

En relación con el “daño biológico”, el magistrado debe reparar la lesión en sí misma, ya sea somática o psíquica, independientemente de las consecuencias del “daño al bienestar”, desde que se trata de dos diferentes modalidades del genérico “daño a la persona”<sup>594</sup>.

#### **7.2.4.- El modelo peruano del daño a la persona**

En la experiencia peruana, el “daño a la persona” comprende dos categorías que responden a la estructura ontológica del ser humano: a).- el daño psicosomático (daño al soma y daño a la psique, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Por consiguiente, estas dos categorías incluyen todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una “*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados por el Prof. Carlos Fernández Sessarego, considerado el padre del daño a la persona en América Latina, y que se remontan al año de 1985, fue propuesto en el Perú y de allí se extendió al continente sudamericano.

En efecto, el modelo peruano de “daño a la persona” se inspira en el modelo italiano, pero al no tener los problemas legislativos que encontró el modelo peninsular por obra del artículo 2059° de su Código civil de 1942, ha tenido la libertad de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. Por ello que considera tan sólo dos categorías de “daño a la persona”. La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

---

<sup>593</sup> Pizzoferrato Alberto, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1999, p. 1047 y ss.

<sup>594</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.502.

Por consiguiente, esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida a la realización del personal “*proyecto de vida*”. Es decir, de aquello que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso.

No obstante, lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación tradicional sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal denominado “daño “moral” que se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento. En efecto, el “daño moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona”, a diferencia del “daño psicosomático” y el “daño al proyecto de vida”. El daño “moral” es tan sólo un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica de carácter emocional, no patológico, que se manifiesta en dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Como indicaba el Prof. Fernández Sessarego, lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración de Código civil peruano de 1984, eliminar de su texto el “daño moral” como categoría autónoma del “daño a la persona”. Así aparece de los artículos 1984° y 1985° del Código civil peruano actual.

En efecto, como manifestaba el Maestro Fernández Sessarego, el no haber podido eliminar del Código civil de 1984 la voz de “daño moral” presenta el problema que en el artículo 1985° de este cuerpo normativo se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y comprensivo de “daño a la persona” y al de un daño psicológico específico, como es el denominado “daño moral”. No fue posible, como enseñaba siempre el Prof. Fernández Sessarego, en el momento en que se elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera el concepto científico de daño “moral”, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, el llamado “daño moral” se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico “daño a la persona” como un específico daño “psicosomático”.

#### **7.2.5.- El daño al proyecto de vida: la voz radical peruana del daño a la persona**

En el continente americano quien ha representado e impulsado el personalismo jurídico fue el Prof. Carlos Fernández Sessarego. El maestro peruano fue un jurista creativo, innovador. Se le reconoció como el autor latinoamericano que ha aportado numerosas novedades tanto en el campo del derecho de las personas y del derecho de daños, en particular, así como en otras áreas de la disciplina jurídica. Entre dichos aportes son dos los planteamientos jurídicos centrales que se han incorporado a la literatura jurídica y han dado y están dando la vuelta al mundo. Nos referimos a la “*teoría tridimensional del Derecho*”, que data de 1950, y el “*daño al proyecto de vida*” expuesto a partir de 1985 y consagrado en el artículo 1985 del Código civil peruano que

prescribe la reparación de todo daño que se cause a la persona, el que comprende, entre otros daños, el que incide en el “proyecto de vida”.

Sus desarrollos sobre el daño a la persona y el daño al proyecto de vida se sustentan en la filosofía de la existencia que florece en la primera mitad del siglo XX y cuenta entre sus más destacados representantes a Jean Paul Sartre, Gabriel Marcel, Karl Jaspers, Martin Heidegger, Xavier Zubiri, entre otros. Como lo ha escrito y declarado el Maestro en diversas oportunidades, los desarrollos sobre la estructura del ser humano aportados por esta escuela, sobre la base de la propuesta cristiana y los aportes de diversos filósofos como Kant, Fichte y Kierkegaard, entre otros, le han permitido profundizar en la figura del “daño a la persona” hasta llegar a descubrir que la libertad fáctica o fenoménica del ser humano podía también ser dañada, frustrándose, menoscabándose o retardándose el proyecto de vida de la persona.

Asimismo, el “daño al proyecto de vida” es el que frustra, menoscaba o retrasa la realización personal en lo que ella tiene de más significativo. El daño al proyecto de vida es una lesión a la libertad fenoménica, es decir, a la realización en la vida comunitaria de una decisión personal sobre el destino mismo de la existencia. Toda persona posee un proyecto, el que traduce en lo medular lo que la persona decide ser y hacer con y en su vida. Los valores que él encarna le otorgan sentido y razón de ser a la vida humana.

Su teoría sobre el “*daño al proyecto de vida*” que aparece públicamente en 1985, ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia comparada, especialmente por aquella supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como es cada vez más numeroso el grupo de autores que adhieren a sus postulados al comprender el significado y el sentido del “proyecto de vida” personal y de la consiguiente gravedad de su frustración, menoscabo o retardo.

Ajeno a las corrientes patrimonialistas del Derecho, Fernández Sessarego, propuso una reclasificación de los daños en personales y no personales, a fin de sustituir la división en daños patrimoniales y extrapatrimoniales, que para él partían de una exacerbada consideración de la gravitación del patrimonio instrumental, que pone a la persona en un segundo plano.

Dando un paso adelante, propuso la división entre daños subjetivos (al ser humano, incluido el concebido) y daños objetivos (a las cosas), cuyas consecuencias, en ambos casos, podían ser patrimoniales y extrapatrimoniales.

Su conocida preocupación por el tema lo condujo a estimar que el “daño al proyecto de vida” es un atentado contra la libertad, pues violenta el plan existencial elegido por cada cual, así como una violación del derecho a la identidad, ya que destruye lo que el ser “es”, su verdad personal.

## 7.2.6.- Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en la jurisprudencia peruana

La naturaleza de la reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se puede expresar también en términos compensatorios<sup>595</sup>. En efecto, si la reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”, que comprende diversos “modos específicos” de reparar, que “varían según la lesión producida”<sup>596</sup>.

Lo deseable, como indica el ex magistrado de la Corte, Sergio García Ramírez<sup>597</sup>, sería restituir las cosas al estado que guardaban antes que la violación de la integridad de la persona sucediese. No obstante, esta restitución no sólo es improbable, sino también imposible, debido a que las consecuencias materiales o formales de la violación constituyen un imborrable dato de la experiencia.

En tal sentido, se acepta que al aspecto restitutorio se agrega la eficacia resarcitoria mediante la reparación de las consecuencias de la infracción y el pago de indemnizaciones como compensación<sup>598</sup> por los daños patrimoniales y expatrimoniales producidos<sup>599</sup>.

Asimismo, la Corte Interamericana ha indicado que la *restitutio in integrum* es una forma de reparar, no es la única, precisamente porque en numerosos casos deviene, ella misma,

---

<sup>595</sup> Como anota el ex Presidente y magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: <http://www.jusmisiones.gov.ar>

<sup>596</sup> CIDH, *Casos Garridos y Baigorria, Reparaciones* (Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, párrafo 41 y *Castillo Páez, Reparaciones (art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 48, citados por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>597</sup> García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>598</sup> Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 375 y ss.

<sup>599</sup> CIDH, *Casos Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, Sentencia del 21 de julio de 1989 (*art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Serie C N° 7, párrafo 41, y Godínez Cruz, *Indemnización compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989 (*art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Serie C N°8, párrafo 24, citados por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

impracticable<sup>600</sup>. En efecto, la reparación se deberá dirigir a los efectos inmediatos de la violación, en cuanto se encuentren tutelados jurídicamente, o en la medida en que estos intereses existenciales se encuentren protegidos jurídicamente, y precisamente para confirmar la protección de la norma general (la Convención Interamericana) mediante la afirmación específica de la norma particular (la sentencia judicial).

En efecto, del lenguaje empleado por la Corte Interamericana se desprende que las medidas reparatorias que utiliza comprenden el “daño material”, el “daño moral” y, en tiempos recientes, el “daño al proyecto de vida”. El daño material incluye el daño emergente y el lucro cesante. El “daño moral” y el “daño al proyecto de vida” se les denominan como “*daños inmateriales*”. Respecto a estos últimos, la Corte señala que, por lo general, se caracterizan por no tener carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados en términos monetarios.

El “daño al proyecto de vida” se incorporó a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia de reparaciones en el caso *María Elena Loayza Tamayo* dictada el 27 de noviembre de 1998. Este tipo de daño a la persona compromete la libertad exterior o fenoménica del ser humano. Es un daño que puede acarrear diversas consecuencias como son la frustración total, el menoscabo o el retardo del destino personal de la víctima, su razón de ser<sup>601</sup>. También a través de los años fue asumido por diversas sentencias de la Corte.

Por su parte, en el Perú en diversos fallos judiciales, tanto a nivel del Tribunal Constitucional como en la judicatura ordinaria, ha reconocido la reparación del daño a la persona, así como del daño al proyecto de vida, como una de las figuras específicas de este tipo de daño.

El Tribunal Constitucional Peruano, en su jurisprudencia, en el caso de Juan *Carlos Callegari Herazo* (Expediente N.º 0090-2004-AA/TC-Lima), mediante sentencia del 5 de julio del 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de amparo por él interpuesto, por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

---

<sup>600</sup> CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C N°15, párrafo 49, citado por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>601</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*, en: La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro homenaje a David Sobrevilla, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2011, p. 307 y ss.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el arbitrario pase al retiro del demandante significaba el que “*se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral*”. Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al “daño al proyecto de vida” en el caso “María Elena Loayza Tamayo”. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia, reconoce la existencia del “*daño al proyecto de vida*”.

En otro caso, el Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero del 2004, resolvió favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático *Félix César Calderón Urtecho* (Expediente N.º 2254-2003-AA/TC-Lima) contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N.º 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N.º 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de Ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos Final, con la nota de 19.500. En efecto, esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

El Tribunal Constitucional consideró como probado el hecho que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, “*derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos*”. En consecuencia, este Tribunal declaró fundada la demanda y estableció que el demandado disponga la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2002.

En la judicatura ordinaria peruana, no podemos dejar de mencionar el importante precedente establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil<sup>602</sup>, realizado por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República de 18 de marzo de 2011.

Es menester mencionar que se concluyó que el daño a la persona (acápito 71) es “*la lesión a un derecho, un bien o interés de la persona en cuanto tal*”, el que “*afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial*”, no obstante que “*muchas veces tenga que cuantificarse económicamente*”. También es necesario resaltar como lo hace el colegiado judicial en el apartado 67 de la sentencia, que el concepto de “daño a la persona” ha sido elaborado en Perú con fundamento en la doctrina jurídica italiana<sup>603</sup>, mencionando los aportes de Francesco Donato Busnelli (Escuela Pisana), Guido Alpa (Escuela de Génova), Massimo Franzoni (Escuela de Bolonia) y Giovanni Bonilini (Escuela de Parma).

En cuanto al “daño al proyecto de vida”, si bien en el acápito 70 de la sentencia la Corte indica que su contenido y alcance son imprecisos, debido también a que la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial y que para su cuantificación no habría base objetiva de referencia, con lo cual niega una exigencia existencial de la persona, como es la protección del “*proyecto de vida*” libremente elegido, no obstante, en este mismo acápito, la Corte declara que podría analizarse la posibilidad de la aplicación razonable de la institución, en otras áreas del derecho de daños, especialmente en la responsabilidad civil extracontractual y en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto producido.

En el acápito 71 se reconoce y determina que es “pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”. Como bien indica el Prof. Fort Ninamanco Córdova, al comentar esta sentencia, que el daño a la persona es “*la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal*”. En este sentido, dentro del daño a la persona se encuentra el daño moral, el cual es comprendido como “*las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona*”.

---

<sup>602</sup> Para un análisis general de esta sentencia, véase a Ramírez Jiménez, Nelson, *Crónica del Tercer Pleno Casatorio*, en: Jurídica, suplemento de análisis legal del diario “El Peruano”, año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011, p. 04-06.

<sup>603</sup> Permítase remitir, para un tratamiento del daño a la persona en Italia, a Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019, pp. 15 y ss.

Como se concluye de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio de 2011, se han esclarecido los temas sobre la naturaleza del “daño moral” así como el referido a su ubicación en el espectro jurídico.

En dicha sentencia se precisan también los alcances del “daño a la persona” así como las diversas manifestaciones emocionales o sentimentales que, según el Pleno Casatorio, configuran el “daño moral”. En conclusión, acepta la jurisprudencia que el “daño moral” no es autónomo, sino que es una de las modalidades o especies del genérico y amplio “daño a la persona”.

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Peruana, en sede laboral, ha declarado respecto al daño que *“podemos conceptualizarlo como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales, el menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por lo tanto, merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a su **proyecto de vida**, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales; concluyendo que dentro del daño para la finalidad de determinar el quantum del resarcimiento, se encuentran comprendidos los conceptos de daño moral, lucro cesante y daño emergente”* (resaltado nuestro – Sentencia de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación Laboral N° 20481-2017-Del Santa, del 08 de agosto del 2019).

## **8.- Desaparición, ausencia, muerte y reconocimiento de existencia de la persona**

Otro destacable aporte del Código Civil peruano de 1984, que marca una definida evolución en la materia, es el haber distinguido con precisión y sistematizado adecuadamente lo concerniente a las figuras de **la desaparición**, **la ausencia** y **la muerte presunta**. En el Código vigente, contrariamente a lo que acontecía en el de 1936, se deslindan conceptualmente estas tres instituciones jurídicas y se regulan separadamente. Así mismo, se regula el reconocimiento de existencia, institución que no aparecía en el Código de 1936 y que no es frecuente encontrarla a nivel de la legislación comparada.

Unas pocas normas desperdigadas tanto en el Código Civil de 1936 como en el derogado Código de Procedimientos Civiles se referían, asistemáticamente y sin mayor desarrollo, a dicha temática. No existía, por lo tanto, un tratamiento orgánico y coherente de esta materia.

El Código Civil de 1984, por el contrario, al superar dicha situación, sistematiza lo concerniente a la desaparición, la ausencia y la muerte presunta, distinguiendo con precisión los

alcances jurídicos de cada una de tales instituciones y de sus respectivas consecuencias. De este modo, se produce una importante innovación frente a la pobreza e inorganicidad que mostraba el precedente Código Civil de 1936 al abordar dichas cuestiones. Y se incorporó la temática concerniente al reconocimiento de existencia.

El Código de 1984, en lo que atañe a la desaparición, la consideró como una situación de hecho, la que consistía en que la persona se ausenta de su domicilio sin aviso previo y sin tenerse noticias de su paradero. Ella está regulada en el artículo 47° de dicho cuerpo legal y la consecuencia que se deriva de la desaparición es la designación por el juez de un curador interino. En principio, y tal como lo consideraba el Código Civil de 1984 antes de la inconsulta modificación del artículo 47°, el curador interino cuida de los intereses de quien se ha ausentado de su domicilio sin saber su paradero a partir del momento en que el juez lo considere desaparecido, sin necesidad de esperar un determinado plazo para adoptar esta resolución.

La designación de curador no se produce en la hipótesis en que el desaparecido tuviese un representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro pertinente.

El capítulo del Código referente a la **ausencia** sistematizó las normas que estaban desperdigadas en el derogado Código de Procedimientos Civiles y en el Código de 1936. Este trabajo se complementó con la creación de otras normas que se integraron a este capítulo relativo a la ausencia otorgándole una necesaria organicidad.

Como se prescribe en el actual Código de 1984, transcurridos dos años desde que se tuvo las últimas noticias del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia. Así lo dispone el artículo 49°. Según lo prescribe el artículo 53° del Código Civil vigente, la declaración judicial de ausencia debe inscribirse en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente.

El articulado del Código facilita al usuario percibir la diferencia existente entre las instituciones de la “desaparición” y de la “ausencia”. La primera es una situación de hecho verificada por el juez, cuya consecuencia es sólo la designación de un curador interino. La ausencia supone una declaración judicial, la que genera una consecuencia de importancia como es la de otorgar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos. Si no existiera persona o personas que exhiban esta calidad de herederos forzosos continuará, respecto de tales bienes, la curatela establecida en el caso del artículo 47° relacionado con el hecho de la desaparición. Así lo dispone el artículo 50° del Código Civil de 1984.

Después de prescribirse en el Código que deberá practicarse un inventario de los bienes del ausente, se establecen los derechos y las obligaciones inherentes a la posesión. Se dispone, así mismo, que los que serían los sucesores forzosos del ausente gozan de los frutos de los bienes

materia de la posesión, con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente. Así aparece prescrito en el artículo 51° del Código Civil vigente.

En el artículo 52° se dispone que quienes hubieran obtenido la posesión de los bienes del ausente no están capacitados para enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56°. En este último numeral se establece que, en estos casos, se requiere autorización judicial para que el administrador pueda practicar los negocios jurídicos antes mencionados en la medida de lo indispensable.

En los artículos 54° y 55° el Código se regula lo concerniente a la designación de administrador judicial de los bienes del ausente, así como lo atinente a sus derechos y obligaciones.

El artículo 58° contiene una norma que se inspira en la solidaridad y se concreta en una declaración de equidad. En efecto, en este numeral se prescribe que el cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimenticias, 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.

En el artículo 59° del Código Civil se señalan los casos en que cesan los efectos de la declaración de ausencia. Ellos son el regreso del ausente, la designación de apoderado con facultades suficientes, la comprobación de la muerte del ausente o la declaración de muerte presunta. El artículo 60° dispone que, en el caso de retorno del ausente o en el de la designación de apoderado, se restituye a su titular el patrimonio en el estado en que se encuentre. En las situaciones de muerte, real o presunta, se procede a la apertura de la sucesión.

En lo que concierne a la declaración de **muerte presunta**, regulada por el artículo 63° del Código Civil, la Sub Comisión encargada de preparar un anteproyecto para su debate en el seno de la Comisión designada para preparar enmiendas para su incorporación en dicho cuerpo legal, propuso disminuir los plazos establecidos en el Código para solicitar dicha declaración judicial. Así, en el caso del inciso 1° del artículo 63°, se propone reducir de diez a cinco años el plazo para solicitar la declaración judicial de muerte presunta de quien ha desaparecido de su domicilio sin tenerse noticias de su paradero. Tratándose de una persona mayor de ochenta años, la reducción es de cinco a tres años. En la hipótesis referida en el inciso 2° del artículo 63°, que es el de la desaparición en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, la reducción sería de dos a un año.

En la hipótesis contemplada en el inciso 3° del mencionado artículo 63°, que es aquella en que no aparece el cadáver o éste no es identificado, el numeral prescribe que cuando exista

“certeza” de este hecho se procedería a pedir la declaración judicial de muerte presunta. Se consideró, con acierto, que el término “certeza” no era el correcto, ya que sólo existe certeza de la muerte cuando nos hallamos frente al cadáver. Por ello, se propuso sustituir la mencionada expresión por otra que diera cabal cuenta de la situación como sería aquella en que la “muerte esté verosímelmente acreditada”.

En el Código Civil de 1936 se regulaba bajo un mismo título, asistemáticamente, tanto el inicio de la persona como su fin. El Título I de la Sección Primera, dedicado a las personas naturales, se designaba, precisamente, “*Del principio y fin de la personalidad*”. En el Código Civil de 1984 se corrigió este error sistemático al circunscribir la materia del Título I de la Sección Primera al “Principio de la persona”. El tema de la muerte se ubicó sistemáticamente en el lugar que le corresponde, es decir, al final de dicha Sección Primera. En efecto, en el Capítulo Primero del Título VII de la indicada Sección Primera se hace referencia, en dos artículos, a la muerte.

En el Código Civil de 1984 sustituye el término “*personalidad*” por el de “*persona*”. No obstante, en síntesis, baste decir que el concepto “personalidad” es multívoco pues se utiliza indistinta y simultáneamente como equivalente de “persona”, “capacidad”, “subjetividad” y “proyección de la persona hacia el mundo exterior”. De ahí que el uso del concepto “personalidad” crea una innecesaria confusión, la que debemos evitar se siga produciendo en el futuro. Su sustitución por el concepto preciso no ofrece ninguna dificultad pues existe una noción como el de “persona” para designar jurídicamente al ser humano.

Los codificadores de 1984 se plantearon la necesidad de regular una cuestión ignorada en el Código Civil de 1936 como es el caso del reconocimiento de existencia de la persona que se había dado por muerta y las consecuencias jurídicas derivadas de esta nueva situación.

En el artículo 67° del Código se atribuye el derecho de la persona declarada judicialmente muerta para reivindicar su existencia. El artículo original fue posteriormente enmendado mediante la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

El artículo 67° actualmente vigente tiene el siguiente texto:

*“Artículo 67. La existencia de la persona cuya muerte hubiera sido judicialmente declarada, puede ser reconocida a solicitud de ella o de cualquier interesado. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta.*

En el artículo anteriormente transcrito no se precisa si se requiere la presencia física de la persona en el lugar de su domicilio o es suficiente que, de alguna manera idónea, pruebe su

existencia, aunque dicha presencia no se haga efectiva. Es un tema discutible, por lo que sería conveniente precisarlo en una nueva oportunidad en la se vuelva sobre el tema.

## Capítulo Quinto

### La influencia de la cultura jurídica italiana en el tratamiento peruano de la persona jurídica y de la organización de personas no reconocidas

#### 1.- La influencia italiana en la formulación peruana sobre la persona jurídica

En el tratamiento de la persona jurídica del libro primero del código civil de 1984 se evidencia el aporte valioso de la doctrina italiana, especialmente los planteamientos de Francesco Ferrara, Riccardo Orestano, Tullio Ascarelli, Gianguido Scalfi y Francesco Galgano, que trataremos a continuación.

##### 1.1.- La persona jurídica para Francesco Ferrara

La teoría de creación por parte del Derecho formulada por Ferrara parte de una fundamental consideración que también el ser humano es tal solo en naturaleza, pero se convierte en persona como consecuencia de la atribución de la capacidad por parte del ordenamiento. Rechazando el concepto tradicional que la personalidad se encuentra vinculada al organismo corpóreo y psíquico del hombre y, por ende, puede encontrarse fuera de éste, la figura de la persona jurídica<sup>604</sup>. En el sentido que, al lado del ser humano, en la realidad social se presentan entes, instituciones, colectividades diversas al hombre y como estos existen en la naturaleza. El Derecho atribuye al ser humano la personalidad, originando la “persona física” atribuyendo así al ente, a la colectividad, a la agrupación la personalidad, dando lugar al surgimiento autónomamente, sin referencia al ser humano individual, de la persona jurídica, que es creación de lo jurídico.

De acuerdo con Ferrara<sup>605</sup> la personalidad es una forma jurídica, no un ente en sí. Es una forma de regulación, un procedimiento de unificación, la forma legal que ciertos fenómenos de asociación y de organización social reciben del Derecho objetivo. La persona jurídica no es una cosa, sino un modo de ser de las cosas. No es importante el intento de encontrar tras de la persona jurídica, una entidad especial orgánica o psicológica que la ley eleva a sujeto de derecho: detrás de la persona jurídica no hay otra cosa que asociaciones y organizaciones sociales. La personalidad jurídica es la vestidura orgánica, con la que ciertos grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho, es la con-figuración legal que asumen para

---

<sup>604</sup> Ferrara, Francesco, *Teoría delle persone giuridiche*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1915, p.331 y ss.

<sup>605</sup> Ferrara, Francesco, *Le persone giuridiche*, segunda edición con notas de Francesco Ferrara junior, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1956, p.32 y ss.

participar en el comercio. La personalidad es un sello jurídico que viene de fuera a sobreponerse a estos fenómenos de asociación y de ordenación social; que puede faltar, variar, cambiar: pero el sustrato, la materia sujeta a este sello jurídico es siempre una colectividad o una organización social. Por esto no hay ninguna diferencia sustancial entre corporaciones o asociaciones no reconocidas: en ambas el sustrato es idéntico, y el reconocimiento de personalidad no tiene otro valor que conceder a estas pluralidades variables de individuos la forma más adecuada de unidad jurídica.

Ferrara<sup>606</sup> cita el caso de las corporaciones: antes de obtener el reconocimiento existen como simples asociaciones, después asumen la forma de sujetos autónomos de derecho, para retornar, en caso de supresión, al estado anterior; pero es imposible ver en estos varios estadios de vida una metamorfosis en la esencia de estas colectividades, siendo así que se trata simplemente de una diversa forma jurídica asumida por estas agrupaciones humanas: una titularidad única y permanente sustituida a la titularidad colectiva y sucesiva. Y esto demuestra además que la persona jurídica no es otra cosa que un *medium*, por el cual los miembros pueden conseguir su fin, del cual pueden desembarazarse si quieren y si no se opone una exigencia de orden público, con la disolución de la corporación y que, caída la personalidad, reaparece el estado anterior de contitularidad del pasado régimen.

La persona jurídica es para Ferrara un ente ideal que tiene carácter de sujeto en el puesto de las asociaciones y organizaciones humanas, como síntesis y símbolo de éstas. Pero el reconocimiento de este sujeto mismo no es más que una forma jurídica para una más sencilla ordenación de las relaciones.

La personalidad consiste, según este autor, en encontrar una esfera jurídica en un sujeto ideal que es único, no obstante representar una pluralidad de hombres y una organización compleja de hombres y de bienes según un fin. En medio de este turbio movimiento, en medio de esta sucesión perenne de hombres que obran para la consecución de un fin, queda siempre firme la asociación o institución ideal, sujeto solidario de todos.

Como la personalidad es forma dada por el Derecho subjetivo, se explica, no solo la necesidad del reconocimiento, sino también la posibilidad de que esta personalidad sea atribuida en más o menos larga medida para ciertos respectos y no para otros. Los que ven en las personas jurídicas entes, cuya existencia constata el derecho, se inclinan a ver anomalías en estas situaciones legales.

---

<sup>606</sup> Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, p.363.

La persona jurídica es la traducción jurídica de un fenómeno empírico, el legislador no interviene aquí brutalmente por motivos de oportunidad, para decir que hay unidad donde hay pluralidad, no hace más que secundar, desarrollar, traducir a términos jurídicos lo que ya existe en la concepción práctica social. La función del derecho es también aquí motivada: no es el derecho el que introduce nuevos elementos u ordenaciones en las relaciones entre hombres, sino que acoge y sanciona configuraciones ya elaboradas en la vida social.

En el planteamiento sobre la persona jurídica de Ferrara no puede dejarse de mencionar la polémica que, sobre la materia, tuvo con Gustavo Bonelli entre 1910-1911 en la *Rivista di Diritto Civile*.

Bonelli<sup>607</sup> criticaba a Ferrara que, en su planteamiento, se descuidó o no explicó suficientemente la pobreza e imperfección del lenguaje jurídico al afrontar la persona jurídica. Frente a este concepto no sabemos con precisión cual es el objeto por definir, ni el valor de los términos en que se considera definirlo.

Según Bonelli<sup>608</sup> es común la distinción entre dos sujetos jurídicos: *hombres* (personas físicas) y *personas jurídicas*, que acepta Ferrara pero es un concepto difuso, transmitido por la tradición. Para Bonelli, la persona jurídica significa literalmente *persona de derecho*, persona reconocida como tal por el derecho objetivo y que funciona como tal en el mundo jurídico. Criticando este aserto, Bonelli señala que quien sostiene que la persona jurídica es todo sujeto de derecho excepto el individuo humano es similar a quien en zoología define al *animal* como todo ser que pertenece al reino animal, excepto el ser humano. Ciertamente, este es el significado común de la palabra *animal*, pero no es el significado científico. Si en la persona expresión *persona jurídica* la sola connotación esencial es la del reconocimiento de la *subjetividad jurídica* por parte del derecho objetivo, el ser humano será comprendido no ya solo porque es hombre, es decir persona física, sino esencialmente porque en cuanto es reconocido como sujeto jurídico por el Derecho.

Entonces, Bonelli pone en duda la contraposición *persona jurídica* y *ser humano-persona física*, como dos categorías del género sujeto jurídico, la que resultaría inexacta. De acuerdo con

---

<sup>607</sup> Bonelli, Gustavo, *La teoria della persona giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, año II, Società editrice Libreria, Milán, 1910, p. 445.

<sup>608</sup> Bonelli, Gustavo, *La teoria della persona giuridica*, p. 448.

Ferrara, sostiene Bonelli, la persona física no es sujeto jurídico, si no en cuanto es reconocida como tal por lo jurídico, es decir, en cuanto es *persona jurídica*<sup>609</sup>.

Ferrara<sup>610</sup>, rebatiendo a Bonelli, afirmó que la personalidad jurídica es una *forma jurídica*, un *ordenamiento legal* unitario que el derecho objetivo concede para la realización adecuada de los fines sociales que se proponen colectividad y organizaciones de individuos. Ser persona jurídica no quiere decir un ente especial, un organismo particular, un ente especial, un organismo particular, una unidad física o psíquica, una armadura jurídica, para la cual las relaciones colectivas y posteriores se concentran en un sujeto único y permanente.

Las personas jurídicas, para Ferrara<sup>611</sup>, se reducen en su composición íntima de seres humanos: no hombres individuales, sino asociados y dirigidos a una finalidad. El sustrato, el basamento de las personas jurídicas se encuentra conformado por asociaciones de individuos para alcanzar finalidades o fines. Llega a declarar que las personas jurídicas son una realidad, no corporal y tangible, sino que la capacidad jurídica se encuentra vinculada a la pluralidad de las personas concretas, sino ideales en unidad.

No obstante, las críticas que se han formulado a la teoría de Ferrara, no se puede no reconocer la importancia que brindó a este fenómeno de la realidad jurídica, así como la función del ordenamiento de reconocer y de proteger más allá del individuo, también a las formaciones sociales, con cierto valor creativo, incluso con la consecuencia de descuidar la tutela jurídica de la realidad y de los fenómenos en la sociedad. Sin embargo, el pensamiento de este estudioso influyó grandemente en la elaboración del código civil italiano de 1942, como recuerda Francesco D. Busnelli<sup>612</sup>.

Para la doctrina peruana<sup>613</sup>, se reconoce en el planteamiento de Ferrara la distinción entre “persona” y “persona jurídica”. Así la persona es el sujeto de derecho, genérico concepto, que comprende todos los sujetos de derecho. Por excelencia, persona, es el ser humano. Junto a los seres humanos, existen otras personas, que son conocidas como “personas jurídicas”. Ambas son

---

<sup>609</sup> Bonelli, Gustavo, *La teoria della persona giuridica*, p. 449.

<sup>610</sup> Ferrara, Francesco, *Teoria della persona giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, año II, Società editrice Libreria, Milán, 1910, p. 786.

<sup>611</sup> Ferrara, Francesco, *Teoria della persona giuridica*, p. 786.

<sup>612</sup> Busnelli, Francesco Donato, *Persone e famiglia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, p. 23.

<sup>613</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza de la persona jurídica*, en Id., *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 511.

sujetos de derecho y constituyen una categoría jurídica abstracta, ideal, una pura forma jurídica, un ordenamiento legal unitaria.

### **1.2.- La perspectiva histórica-romanista de Riccardo Orestano**

Tomando en cuenta la realidad histórica, Orestano<sup>614</sup> planteó que no puede considerarse a la persona jurídica en abstracto, porque es una noción que solo se puede tratar en relación con la experiencia en que se desarrolla, sino nos conduce a la categoría del “sujeto de derecho”, que pertenece a la experiencia moderna y que no puede ser sometida a experiencias y ordenamientos diversos en lo que se ha formado y que se introduce.

De este modo, la ciencia jurídica ha llegado, con un largo proceso, a reconocer que no existe la “persona jurídica” como figura definible por sí en términos válidos para todo ordenamiento, en todo tiempo y en todo lugar, sino que se encuentra presente en atención a las situaciones en que los ordenamientos lo consideran y dentro de las características fijadas por la regulación positiva o de un instrumento lingüístico, mediante el cual puede ser expresada la imputación de un grupo de normas positivas con referencia a ciertas situaciones.

La perspectiva peruana<sup>615</sup>, analizando el aporte de Orestano, señala que el romanista se aleja a toda solución esquemática, espectral, consustancial a la tradicional dogmática jurídica para revalorar el rol del ser humana en lo jurídico.

### **1.3.- La persona jurídica para Tullio Ascarelli**

Ascarelli<sup>616</sup>, basándose en la distinción entre “tipología” de la realidad y “normativa” contempló en la personalidad jurídica solo una “normativa”, es decir el “resumen” de una regulación jurídica especial entre relaciones entre individuos. La disciplina que se expresa mediante el término “persona jurídica” sería *resoluble* en una regulación concerniente a relaciones entre seres humanos, los cuales serían los únicos posibles titulares de derechos.

Este estudioso parte de la premisa que en la realidad prejurídica no existen seres diversos a los “nacidos de vientre de mujer” y, por ende, el concepto de persona jurídica esta privado de “paralelismo en un dato prenормativo de la realidad social” y encuentra su fundamento solo en

---

<sup>614</sup> Orestano, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, G. Giappichelli editore, Turín, 1968, pp.77-78.

<sup>615</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza de la persona jurídica*, p. 530.

<sup>616</sup> Ascarelli, Tullio, *Personalità giuridica e problemi delle società*, en: Id., *Problemi giuridici*, tomo primero, Giuffrè Editore, Milán, 1959, p. 235 y ss.

una normativa que puede encontrar referencia en su realidad típica concebible, es decir la que corresponde al concepto de persona física: por ello, la disciplina de las personas jurídicas es una “regulación normativa especial entre seres humanos”. No rechaza que la disciplina normativa resumida con la expresión persona jurídica no tenga un alcance real y menos negar que esta regulación es diversa de otras disciplinas, sino que siempre concierne a los seres humanos, incluso como miembros del grupo, del colectivo.

Sobre el substrato de la persona jurídica, Ascarelli<sup>617</sup> afirma que la creación de personas jurídicas por parte del ordenamiento jurídico, aun cuando no se presenten límites en el campo de la lógica jurídica, encuentra, y generalmente respeta, límites en el campo de la oportunidad práctica. El Derecho recurrirá a la creación de una persona jurídica o colectivamente solamente cuando lo considere necesario, cuando se trate de regular finalidades y objetivos en relación con las cuales varias personas se relacionan entre sí, un patrimonio es separado para un destino propio. Surge entonces un nuevo ente (la persona jurídica) que cumplirá sus cometidos por medio de sus órganos y no de individuos singulares.

Ascarelli<sup>618</sup>, partiendo del principio *hominum causa omne jus constitutum est*, afirmó que no resulta complejo contemplar los intereses considerados por el Derecho con la creación de las personas jurídicas son intereses humanos, las voluntades a las que también para el funcionamiento de las personas colectivas son voluntades humanas. Proclama Ascarelli que los únicos sujetos de derecho son los seres humanos<sup>619</sup>.

Para el comercialista, la concepción de la persona jurídica es una de las más audaces creaciones del Derecho, tanto que se ha venido afirmado lentamente en el desarrollo histórico. Útil por cuanto permite dominar, mediante una referencia unitaria, una cantidad de normas jurídicas en sus recíprocas interferencias. Toda persona jurídica también, al mismo tiempo, dirá Ascarelli<sup>620</sup>, también es un ordenamiento jurídico (subordinado al estatal), cuya fuente está representada por la ley respecto a las normas legislativamente dictadas, y la convención en cuenta a aquellas dictadas por los mismos miembros.

---

<sup>617</sup> Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediar S.A., Buenos Aires, 1947, pp. 50-51.

<sup>618</sup> Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, p. 52.

<sup>619</sup> Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, p. 52.

<sup>620</sup> Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, pp. 53-54.

No obstante, el valor del aporte de Ascarelli no en el recurso a las conceptualizaciones sino en la interpretación de la disciplina jurídica, si bien podría considerarse que es estrecha, por cuanto limitada a la sociedad y no tiene en cuenta la normativa legislativa, especialmente de la constitución y del código civil italiano de 1942, que no puede restringirse a las simples relaciones entre seres humanos sino también a “útiles universos”.

La doctrina peruana ha considerado muy importante el aporte de Tullio Ascarelli, especialmente en el planteamiento que el término “persona jurídica” señala una disciplina normativa que no tiene como correlato a un sujeto diverso al ser humano, sino ella siempre concierne a la vida humana<sup>621</sup>.

#### **1.4.-La idea de persona jurídica de Gianguido Scalfi**

El planteamiento de Scalfi parte, como el autor indica<sup>622</sup>, de la insatisfacción de las opiniones más diversas respecto a la idea de persona jurídica en el derecho privado, descuidando su eficacia operativa en la vida ordinaria, en sociedad.

La consideración del autor de la persona jurídica como “idea”, la cual no es idea de los juristas o científicos del Derecho, sino “idea” del legislador, por lo que “eliminarla” es contrario a la normativa. Scalfi parte del análisis y estudio del formante legislativo, leyes y normas no solo sobre las personas jurídicas, sino también sobre las asociaciones no reconocidas y sobre las sociedades de personas, así como sobre las “formaciones sociales” reconocidas por la constitución italiana<sup>623</sup>.

El autor llega a la aserto que, mientras en las asociaciones no reconocidas y en las sociedades de personas, la participación de los individuos en el grupo no se desarrolla en función inderogablemente corporativa, sino los miembros conservan las características del ser humano en la plenitud de sus manifestaciones, siendo titulares de derechos y deberes en la esfera del grupo, en las asociaciones reconocidas el ser humano “pierde importancia como tal”, pierde la “típica expresión de la personalidad”, la cual es trasferida al colectivo autónomamente considerado, por lo que aparece en el mundo de lo jurídico, por efecto de la norma, como persona autónoma, junto

---

<sup>621</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La persona jurídica y la doctrina contemporánea*, en Id., *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Universidad de Lima, Lima, 1984, pp. 71-72.

<sup>622</sup> Scalfi, Gianguido, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Giuffrè Editore, Milán, 1968, p. 01.

<sup>623</sup> Tamburrino, Giuseppe, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, Utet, Turín, 1980, p.63.

pero diverso al ser humano, por lo que se impone una consideración del ser humano no en la plenitud de sus manifestaciones, sino como funcional, como órgano.

En este fenómeno, que es “jurídico” es decir actuado por el Derecho, por el cual el individuo deja de ser “persona” incluso si considerado como miembro del grupo, sino permanece exclusivamente “órgano” del grupo al cual es otorgada la personalidad jurídica, Scalfi brinda el nominativo de “idea”, en el sentido que la persona jurídica no es, como afirman los nominalistas, la expresión (“*nomen*”) que resume una regulación normativa que hace referencia a seres humanos, sino a “idea de pensamiento” (del legislador) que caracteriza a un particular posición de los componentes de las formaciones sociales respecto a los intereses y a los bienes de que se trata y, por ende, una particular consideración del ser humano en las formaciones sociales, y, desde el punto de vista operativo, la realización de la titularidad de derecho y obligaciones de la formación social respecto también al componente de la formación misma.

En tal sentido, este estudioso llega a expresar que la persona jurídica es una *idea* que actúa en el Derecho. Antes de lo jurídico el pensamiento se vincula con el concepto de *universalidad* que implica las de ser y de unidad. La universalidad de personas en el Derecho deviene persona jurídica cuando los individuos (órganos) aparecen en función de uno con el otro. En tal sentido, de la perspectiva nominalista se pasa a la interpretación de la ley que conduce a la idea de la persona jurídica como titular de derechos y obligaciones. No es, afirma Scalfi<sup>624</sup>, un *nombre*, sino una *idea*.

### **1.5.- La persona jurídica según Francesco Galgano.**

Para el profesor emérito de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano, identificaba en el ente colectivo persona jurídica una estructura lógica, así como un contenido normativo. Así, el problema consiste, en primer lugar, establecer en que posición ocupa, en el mundo de lo jurídico, el fenómeno que el lenguaje legislativo designa con el nombre de “persona jurídica”<sup>625</sup>: si debe asumir, al lado de la persona física, la posición de un sujeto de relaciones jurídicas o si debe, en cambio, ser colocado en un ámbito diverso del derecho de las personas<sup>626</sup>.

Este fenómeno puede ser descrito como el que la entidad diversa al ser humano puede ser sometida a un tratamiento normativo correspondiente, por muchos aspectos, al tratamiento

---

<sup>624</sup> Scalfi, Gianguido, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, p. 104.

<sup>625</sup> Galgano, Francesco, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 1965, p. 553.

<sup>626</sup> Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche*, primera edición, Zanichelli editore, Bolonia, 1969, p. 3.

normativo del hombre. Este es un fenómeno anterior, histórico, a la ideación del concepto de persona jurídica: de la observación que ha originado el convencimiento de la existencia de otros sujetos de derecho además del ser humano, de acuerdo con Galgano<sup>627</sup> (posición que no compartimos, ya que siempre el sujeto del derecho se reconduce a la vida humana).

En efecto, para Galgano, el concepto de persona jurídica se presenta como un concepto de especie, el género es la persona: es el sujeto de derecho, el centro de imputación de relaciones jurídicas, una noción concebida como diversa, conceptualmente, de la noción de ser humano y que puede, en cuanto tal, designar la entidad (en el ordenamiento jurídico italiano, las asociaciones, las sociedades, las fundaciones), que son distintas a los seres humanos individualmente considerado, pero que se colocan, al igual de la persona física o natural (para el derecho peruano), como autónomos sujetos de relaciones jurídicas. De ello, la persona física es una sola especie, distinta a la otra -la persona jurídica o colectiva- por el solo hecho de tener, como substrato natural, al hombre.

Respecto al contenido normativo de la persona jurídica, Galgano<sup>628</sup> plantea que la teoría general del Derecho agota la función, que le es propia, de volver al intérprete consciente de la estructura lógica de las figuras del lenguaje jurídico: esta se agota, en esta materia, con la admonición que la noción de persona jurídica es solo expresión que resume una especial regulación normativa, con la precisión, además, que los presupuestos a los cuales la doctrina conduce para plantear la existencia de una persona no solo porque los presupuestos, sino en la labor del intérprete para establecer, en una relación en un determinado ordenamiento jurídico, la extensión de la disciplina que se resumen en la noción de la persona jurídica, para reconocerla.

Como indica Tamburrino<sup>629</sup>, los puntos de partida del planteamiento de la persona jurídica de Galgano no son nuevos, sino que se basa en diversas tesis expuestas en su momento como el análisis del lenguaje y sobre la personalidad jurídica. Tampoco es nueva. Si la noción de persona jurídica es legislativamente una compleja disciplina normativa de relaciones entre personas físicas, es decir, si es la especial regulación que la ley ha previsto para los miembros de determinados grupos, resulta evidente que la superación y la reducción de la persona jurídica se realiza, según Galgano<sup>630</sup>, mediante la consideración siempre de los seres humanos, incluso no

---

<sup>627</sup> Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche*, p. 4.

<sup>628</sup> Galgano, Francesco, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, p. 596.

<sup>629</sup> Tamburrino, Giuseppe, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, pp. 66-67.

<sup>630</sup> Tamburrino, Giuseppe, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, p.67.

como individuos sino como miembros del grupo, lo que podría significar, si bien desde el método interpretativo en vez del conceptual y abstracto, al planteamiento de Ascarelli.

La doctrina jurídica peruana<sup>631</sup> reconoce en el aporte de Galgano la conducción de la persona jurídica en la problemática del lenguaje debido a que estas dos específicas palabras no corresponde a ninguna entidad. Para el profesor de la Universidad de Bolonia, tanto las personas jurídicas como toda otra organización colectiva no reconocida por el ordenamiento jurídico, constituyendo centros autónomos de imputación de relaciones jurídicas, como expresión resumida de una regulación normativa especial.

## **2.- La visión peruana: la teoría tridimensional de la persona jurídica**

El código civil de 1984 ha enriquecido enormemente el contenido de este cuerpo legal en lo que concierne al tratamiento de las personas jurídicas, en relación con el código civil de 1936 y la legislación comparada, sino que, además, se hace evidente como en el primer código mencionado la adopción de una nueva sistemática y un peculiar desarrollo de la materia. De otro lado, y aunque todavía no se ha percibido con claridad por la doctrina, que el código de 1984 subyace una teoría sobre la naturaleza o estructura misma de la persona jurídica.

Frente a la concepción dominante, de carácter puramente formalista, que considera a la persona jurídica solo como “*un centro unitario ideal de referencia de situaciones jurídicas*”, el código civil peruano de 1984 asume una visión tridimensional en lo que ella consiste.

La aplicación de la concepción tridimensional del Derecho permite distinguir, en cualquier institución jurídica y, por consiguiente, en lo que atañe a la “*persona jurídica*”, la presencia simultánea de tres objetos que adquieren unidad conceptual a través de una dinámica interacción, a las conductas humanas, que constituyen la dimensión sociológico-existencial, las normas jurídicas, que se erigen en el dato formal, y los valores, que conforman la dimensión estimativa o axiológica<sup>632</sup>.

La naturaleza de la persona jurídica ha sido, y sigue siendo, uno de los temas más complejos de resolver a nivel de la ciencia de lo jurídico. Se ha pretendido situarla en el limbo de los seres ideales al igual que las matemáticas o los conceptos de la lógica. Fuera de la realidad de la vida que es donde surgen y se cumplen las relaciones jurídicas. El Derecho es vida valiosamente

---

<sup>631</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *La persona jurídica y la doctrina contemporánea*, en Id., *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, p. 531.

<sup>632</sup> Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*, séptima edición, Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 30 y ss.

regulada por normas jurídicas, por lo que ninguna de sus instituciones puede estar desvinculada de la realidad de la vida social. No hay otro “sujeto de derecho” que no sea la persona humana, individual o colectivamente considerada.

La teoría tridimensional, aplicable para la comprensión de cualquier institución jurídica, ha demostrado que no es posible describir o definir a la “persona jurídica” a través tan sólo de una de sus dimensiones. La naturaleza de esta institución no se reduce a una dimensión puramente formal, abstracta, vacía de contenido, prescindiendo del ser humano y carente de orientación axiológica. No se puede exiliar de la estructura de la persona jurídica a la organización de personas que la crean y que actúan en la realidad, celebrando actos jurídicos y decidiendo el momento de su disolución y liquidación. Ninguna institución jurídica puede constituirse sin la presencia del “sujeto de derecho”, que no es otro que la persona humana, así como tampoco en ausencia de los fines valiosos que los seres humanos se proponen vivenciar para orientar y dar sentido a su accionar. La persona jurídica no es un fantasma, un espectro, una pura idealidad de referencias normativas, una entelequia, unas cuantas palabras.

Es una realidad de vida la persona jurídica, enclavada en la vida social, una organización de personas que persigue fines valiosos y que está regulada por normas, como todo lo atinente al Derecho. No hay Derecho sin conductas humanas intersubjetivas, sin valores o sin normas. Ninguna de estas tres dimensiones, de suyo, es Derecho. Es indispensable para la presencia del concepto “derecho” la interacción de estos tres objetos. Por ello, pretender reducir cualquier institución jurídica a solamente una de dichas dimensiones significa mostrar una visión fragmentada, incompleta, carente de sentido, de lo que es el Derecho.

En el código civil peruano de 1984 el tema de la persona jurídica muestra una notoria incoherencia en su tratamiento. En efecto, mientras los artículos 80, 99, 111 y 134 referidos a la asociación, la fundación, el comité y las comunidades campesinas y nativas, respectivamente, describen o definen estas personas jurídicas como “organizaciones de personas” que persiguen “fines valiosos”, el artículo 78, en franca contradicción, enuncia que la persona jurídica “tiene existencia distinta de sus miembros”.

La solución de la incoherencia que muestra el código civil peruano en la materia se resolvería modificando el mencionado artículo 78 al efecto de adecuarlo a la realidad de la persona jurídica. Es decir, dejando constancia que su naturaleza es tridimensional y que el hecho de su inscripción en el registro tiene sólo el efecto de crear, excepcionalmente, un centro de referencias normativas al cual derivar los derechos y los deberes de los miembros que la integran, sin que este hecho signifique la desaparición de las personas y de los fines valiosos por ellos perseguidos. Es decir, no perseverar en el error o la mentira de que los seres humanos y los fines valiosos no

integran la persona jurídica. Por lo demás, no hay necesidad, en nuestro concepto, de incurrir en este tradicional error.

Respecto a la responsabilidad del ente colectivo, la estructura “formal” de la persona jurídica contiene una norma que, excepcionalmente, sin hacer “desaparecer” a las personas naturales que la integran y actúan ni a los valores vivenciados por ellas, tan sólo permite derivar los derechos y deberes - que deberían recaer en todos y cada uno de sus miembros - a un ente ideal al que se le conoce, como lo hemos señalado, tan sólo por una expresión lingüística. Ello es posible debido al empleo de un recurso de técnica jurídica para lograr el efecto buscado, que no es otro que el de otorgar a los miembros de la persona jurídica el privilegio de no responder por las deudas por ellos asumidas en virtud de una disposición perteneciente a la estructura formal de la persona jurídica.

De conformidad con los nuevos supuestos del Derecho y con los postulados de la teoría tridimensional, la persona jurídica, como cualquier otra institución jurídica, es el resultado de la interacción, de suyo dinámica, de vida humana social (conductas humanas intersubjetivas), valores y normas jurídicas<sup>633</sup>. De ahí que sea imposible concebir que la persona jurídica se reduzca a su dimensión formal con prescindencia de los seres humanos que la constituyen y de los valores que le señalan un rumbo.

### **3.- Disposiciones generales sobre las personas jurídicas**

En el código civil de 1984 se suprimió toda referencia a las personas jurídicas de derecho público interno, ya que el Código derogado hacía continua mención a ellas, ya sea que se tratase de las que se denominaba corporaciones oficiales, establecimientos públicos de instrucción y beneficencia, municipalidades o universidades. Estas entidades se hallaban reguladas por los artículos 39, 40 y 41 del derogado código de 1936. El código 1984 eliminó todas las específicas referencias a entes públicos limitándose, como debía ser, a normar tan sólo lo relativo a las personas jurídicas de Derecho Privado.

Refiriéndonos al plano sistemático, se suprimió también de esta parte del código civil de 1984 la definición de asociación, impropia contenida fuera de contexto, en el artículo 44° del Código Civil de 1936 para ubicarla en el lugar que le correspondía, es decir, en la parte correspondiente al tratamiento normativo de las asociaciones. Se eliminó también lo prescrito en el artículo 43 del código civil de 1936, el que enunciaba que las personas jurídicas, para la

---

<sup>633</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 264-265.

realización de sus fines, podían adquirir los derechos y contraer las obligaciones que no son inherentes a la persona natural.

En el código civil de 1984 no se introdujo, en la parte relativa a las “Disposiciones Generales” de las personas jurídicas, una norma que precisara la responsabilidad de ella frente a terceros por los daños causados por sus miembros en el ejercicio de sus funciones y por aquéllos inferidos a la propia persona jurídica por sus propios miembros. Así, el artículo 93 del código civil de 1984 se refiere a esta situación cuando prescribe que:

*“Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición”.*

#### **4.- Abuso de la forma de la persona jurídica y denominado levantamiento del “velo” de la persona jurídica**

El vicio del formalismo jurídico consistía en confundir lo que realmente es la institución de la persona jurídica con el recurso formal de técnica jurídica mediante el cual, por expreso mandamiento de la ley, se reduce “idealmente” la pluralidad de seres humanos que integran la persona jurídica y los fines valiosos por ellos perseguidos, a una unidad o centro de referencias normativas a fin de que los derechos y deberes adquiridos o contraídos por los integrantes de la persona jurídica no les sean directamente atribuidos sino que se deriven o trasladen a este centro unitario. De este modo, mediante el “privilegio” formal que concede el ordenamiento jurídico positivo a las organizaciones de personas “inscritas”, los derechos y deberes se imputan al centro unitario, lo que posibilita que los miembros de la persona jurídica - ni todos en su conjunto ni cada uno en particular - aparezcan formalmente como propietarios del patrimonio ni como obligados a satisfacer las deudas que ellos contrajeron pero que, por la magia de la “inscripción” en un registro, se “derivaron” a dicho centro unitario<sup>634</sup>.

La normatividad reguladora de la “organización de personas inscritas”, se concede al “sujeto de derecho” que se constituye por la inscripción en el registro, un “privilegio” puramente formal. Este privilegio supone excluir a la organización de personas “inscrita” o persona jurídica del régimen común para crear en su exclusivo beneficio uno de excepción consistente en otorgarle excepcionalmente el “privilegio” que los deberes contraídos por sus miembros no se les impute sino se trasladen a un “centro ideal de referencias normativas” que se designa con una determinada expresión lingüística.

---

<sup>634</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza de la persona jurídica*, p. 539 y ss.

Los miembros que conforman la persona jurídica y los fines valiosos perseguidos por la organización de personas resultan ser estructuras distintas de las normas que regulan su actividad y que le conceden el privilegio formal antes referido. Ello no excluye que la persona jurídica se constituya por la interacción dinámica de seres humanos, valores y normas jurídicas. Si bien son estructuras “distintas” en cuanto una es existencial mientras que las otras son axiológicas y formales, ello no significa que sean ajenas a lo que se denomina “persona jurídica”.

La persona jurídica no es, en cuanto “sujeto de derecho”, “distinta” de todas y cada una de las estructuras que la constituyen. Las que son distintas entre sí son las estructuras que la conforman. Es decir, los seres humanos son distintos de los valores que vivencian y de las normas que ellos crean para regular sus conductas intersubjetivas.

El “velo” de la persona jurídica no es otra cosa que el aspecto más importante de la pura “forma” de la persona jurídica, la que aparecía como barrera infranqueable que impedía penetrar en la realidad misma de la persona jurídica<sup>635</sup>. Esta concepción se sustenta en el hecho de que la persona jurídica, en cuanto estructura formal es, para los autores que adhieren al formalismo jurídico, un “ente” distinto de sus miembros y, por lo tanto, de los fines valiosos por ellos perseguidos. Este “ente” no se hallaba en la realidad de la vida, que es la vida del Derecho, sino en un mundo ideal, en el tiempo, sin referencia espacial alguna.

Apenas se llega a comprender que la persona jurídica no se reduce a la “forma” o regulación normativa, se van dejando de lado los temores reverenciales que paralizaba la acción de los jueces quienes consideraban que el “sujeto de derecho” denominado “persona jurídica” era tan sólo un “centro unitario formal”, el que aparecía como un impenetrable muro detrás del cual, por lo demás, no existía nada. Si el sujeto “persona jurídica” es una pura forma resultaba imposible encontrar “un algo más”. O, dicho en otras palabras, si la persona jurídica era tan sólo un centro unitario formal, distinto de sus miembros. El formalismo impedía ver la realidad que es la vida humana social donde surge y se aplica el Derecho.

Sería factible, a través de una norma, autorizar al juez, al dejar de lado la “forma” de la persona jurídica, a responsabilizar directamente a los miembros<sup>636</sup>, directores o administradores de la persona jurídica por el uso indebido de la “forma” de la persona jurídica o por cometer

---

<sup>635</sup> Sobre de la desestimación de la forma de la persona jurídica, véase Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción de José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p.82 y ss.

<sup>636</sup> Rescigno, Pietro, *Lecture in tema di persona giuridica e di società*, en: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bolonia, 1966, pp. 319 y ss.

fraude a la ley en propio beneficio o en el de terceros y en desmedro de los intereses sociales. Ello, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar. Superando la concepción formalista que identifica “forma” con “persona jurídica”, reconoce que esta institución está compuesta por tres elementos en dinámica interacción como son los seres humanos, los valores que persiguen y las normas que la regulan y le otorgan, en lo fundamental, el excepcional privilegio de eliminar la responsabilidad de sus miembros mientras actúe dentro de la ley y en cumplimiento de los fines estatutarios. Los usos indebidos de la forma de la persona jurídica todos aquellos actos realizados por los miembros de la persona jurídica que se alejan de la finalidad propia de ésta, la misma que se establece por la ley y por el estatuto. Es decir, se hace un uso contrario a la ley o al estatuto, o a ambos, del medio o recurso técnico que consagra el privilegio normativo en favor de la organización de personas inscrita.

A través el uso indebido de la forma de la persona jurídica se desvirtúa el excepcional privilegio concedido por la norma en beneficio de los integrantes de la persona jurídica y de los fines propios de ésta, para derivar este beneficio en favor de la persona de uno o más de los miembros o de terceros. Es decir, mediante estos actos llamados “abusivos” – actos ilícitos - se deja de lado la disciplina especial con la que ley favorece a los integrantes de la persona jurídica consagrando normativamente una excepción a las normas del derecho común. Al dejar de lado la disciplina especial, que concede un excepcional privilegio de irresponsabilidad a los miembros de la persona jurídica, se retorna a la disciplina del derecho común. Es en este marco que el juez, directamente, se halla en la posibilidad de responsabilizar directamente a los miembros de la persona jurídica por el uso indebido o ilícito de la forma de la persona jurídica. El utilizar la “forma” de la persona jurídica contrariando o desvirtuando el propósito para la fue legalmente creada supone incurrir en un acto indebido que es, de suyo, un acto ilícito. Es un acto indebido o ilícito el aplicar el “privilegio” especial, concedido por la estructura formal de la persona jurídica, en un sentido diferente al de los fines de la persona jurídica que permiten un provecho o beneficio en favor de todos los miembros de la persona jurídica y de la comunidad en general. Los usos indebidos o ilícitos de la “forma” son aquellos, por consiguiente, que no benefician a la persona jurídica sino a algún o a algunos de los miembros de esta o a determinados terceros. En cualquiera de estas situaciones el “privilegio” de la “forma” es empleado fuera de la finalidad para el cual fue expresamente establecido por la ley. Se desvirtúa, así, su finalidad.

La problemática del abuso de la personalidad jurídica desborda los límites conceptuales atinentes al ejercicio abusivo de la forma de la persona jurídica<sup>637</sup>. La noción tiene en doctrina y,

---

<sup>637</sup> Para un estudio completo del abuso de la personalidad jurídica, véase a Verrucoli, Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law y nella civil law*, Giuffrè editore, Milán, 1964, pp. 79 y ss.

sobre todo en la práctica jurisprudencial, un contenido más amplio, pues se comprenderían dentro de sus fronteras conceptuales no sólo el referido al “ejercicio abusivo” del privilegio concedido a la persona jurídica sino otros diversos actos. Entre estos últimos cabría mencionar el fraude a la ley o el uso indebido o ilícito de la forma de la persona jurídica en actividades contrarias al orden público o en conductas que, de algún modo, desvirtúan la específica y lícita función de la “forma” de la persona jurídica.

## **5.- La regulación de la asociación en el derecho peruano y doctrina jurídica italiana**

En el artículo 80 del código civil peruano se describe a la persona jurídica denominada “*asociación*”. El numeral se describe a la asociación como una “organización de personas” Es decir, a los seres humanos, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 78 del Código, no se les niega sino, como es lógico, se les considera dentro de su estructura institucional. Del mismo modo, no se desestiman los valores que la asociación persigue y realiza en sus normales actividades al considerar que persiguen una finalidad, en este caso no lucrativa, la que siempre encarna valores. Toda finalidad está orientada por valores, los que son vividos en el accionar de la asociación. Este artículo resolvió.

Este artículo resuelve una seria duda que suscitaba debates y controversias, ya que precedentemente la asociación sólo podía estar constituida por personas denominadas naturales o físicas, es decir, por individuos. El código actual supera el problema al determinar que la asociación puede estar constituida por personas naturales o jurídicas o por ambas.

Sobre el artículo 81, que se refiere a las formalidades que ha de reunir el estatuto de la asociación, se ha aclarado que no sólo deberá constar de escritura pública, sino que, también, se utilizará esta formalidad en el caso del acto constitutivo de la asociación, salvo disposición distinta de la ley.

Relevante aporte del código civil de 1984, respecto al código civil de 1936, es el de prescribir cuál debe ser el contenido del estatuto de la asociación. Esta regla es de utilidad para los operadores del Derecho, los que saben debido a ella saben a qué atenerse en esta materia a fin de no tener tropiezos en el momento de la inscripción de la asociación.

Respecto al artículo 82º, por tener sus disposiciones un carácter imperativo, la ausencia de algunos de los requisitos, establecidos en los nueve incisos en este artículo, determina la sanción de su nulidad. Los dos primeros incisos del referido artículo se refieren a la denominación, domicilio de la asociación y a sus fines. Sobre el inciso 3º del mismo artículo 82º, que se refiere a los bienes que integran el patrimonio de la asociación. El inciso 4 indica que es requisito del contenido del estatuto que se precise lo relacionado con la constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, del consejo directivo y demás órganos de la

asociación. El inciso 5 contiene las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de asociados. Los incisos restantes mencionan los demás requisitos que debe contener el estatuto. Ellos son los derechos y deberes de los asociados, los requisitos para la modificación del estatuto, las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes y a los demás pactos y condiciones que se establezcan.

El artículo 98 del código civil peruano prescribe el destino final de los bienes de la asociación una vez concluido el proceso de su disolución, así como su consiguiente liquidación.

En cuanto al tratamiento de la asociación, en relación con el derecho italiano, el código civil peruano brinda a la asociación un tratamiento más detenido del que realiza el código civil italiano de 1942, si bien existen diversas disposiciones coincidentes entre ambos cuerpos normativos, se evidencian diferencias. Entre estas que, en la legislación del código italiano, se admite una mayor injerencia de la autoridad gubernativa en la actividad de la asociación, disposición que el código civil peruano no establece. Asimismo, respecto a la renuncia de los asociados, el código civil de 1984 del Perú, diversamente que el italiano, elimina todo plazo o condición.

En cuanto a la influencia de la doctrina italiana, se evidencia que se tuvo en cuenta los aportes de Francesco Galgano<sup>638</sup> sobre la materia.

## **6.- La fundación y el comité en el código civil peruano de 1984: influencias de la ciencia jurídica italiana**

Abordaremos el estudio de la **fundación**. En el artículo 64° del derogado código civil de 1936 al describir o definir aquello en qué consistía la fundación se leía lo siguiente:

*“Artículo 64°.- Las fundaciones tienen por objeto afectar bienes en favor de un fin especial”.*

Esta descripción normativa de la fundación se prescinde del elemento básico de toda institución jurídica como es la relación entre personas. La fundación, por consiguiente, no puede definirse desde una vertiente exclusivamente patrimonialista. No es posible considerar a la fundación como una institución que *“afecta bienes a un fin especial”*, sin mencionar quién o quiénes los aportan y para cuál o cuáles fines valiosos se destinan. No se puede ignorar, cuando se pretende describir la fundación, que ella está integrada por personas, que se relacionan con otras personas, que cumplen con administrar un patrimonio aportado por uno o más fundadores

---

<sup>638</sup> Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche (Disposizioni generali – Delle associazioni e delle fondazioni)*, p. 154 y ss.

para cumplir un fin altruista, de suyo valioso, en beneficio de un determinado grupo de personas necesitadas de apoyo. No se puede perder de vista que el Derecho no se reduce a puras formas, como ocurre con la lógica o las matemáticas, sino que, primariamente, es relación entre personas que vivencian valores y cuyas actividades están normativamente reguladas. En la fundación encontramos ciertas personas que, denominadas los fundadores, crean la fundación para cumplir con un fin valioso, altruista y que, para alcanzar este propósito, deben aportar un patrimonio. Este patrimonio es administrado por otro grupo de personas que tienen una diversa y específica función como es la de obtener rentas generadas por dicho patrimonio al efecto de cumplir con el fin valioso predeterminado por los fundadores. Existe otro grupo de personas humanas, designados como los beneficiarios, que serán las que aprovechen, para sufragar sus necesidades, de la recepción de la indicada renta. La fundación es una relación entre personas, que cumplen determinadas funciones, que tiene como objeto el aporte, manejo y disfrute de un patrimonio instrumental. Son personas las que crean, manejan y se aprovechan de la fundación.

Estos tres diferentes grupos de personas, que se relacionan al efecto de cumplir con la finalidad de la fundación, no pueden ponerse entre paréntesis, ignorárseles o minimizar su presencia en la institución cuando, por el contrario, ellos son los creadores, protagonistas y beneficiarios de la fundación. Si eliminamos a alguno de estos tres grupos de personas no existe fundación, pues no habría quienes aportan el patrimonio, los que lo administran y los que se benefician con sus rentas. Es a partir de esta viviente realidad que se construye la normatividad reguladora de las actividades valiosas de la institución. No se puede, por consiguiente, reducirla a un patrimonio “afectado a un fin especial” como pretendía el código civil de 1936, llegó a penetrar en el sentido profundo que tiene el Derecho para la vida humana y cuyo centro de atención y de protección ha sido el patrimonio instrumental en desmedro de aquella que se debe dispensar al ser humano, fin supremo de la sociedad y del Estado. La visión estrechamente patrimonialista del código de 1936 fue superada cuando se elabora el Código Civil de 1984. En esa oportunidad, teniendo presente la realidad de la vida, no se dejó de lado la dimensión sociológica-existencial ni el fin valioso perseguido por esta organización de personas.

En efecto, el artículo 99º del Código Civil vigente dispone que:

“Artículo 99º.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social”

Para esta norma la fundación no resulta ser un simple acto de “afectar bienes a un fin especial” de parte de los fundadores, sino que se trata de una “organización de personas”, instituida por la afectación de parte del fundador de un patrimonio, compuesto de uno o más bienes, con una finalidad valiosa, no lucrativa, el que es administrado por un grupo de personas,

cuya renta está destinada en beneficio de terceros. La finalidad valiosa puede ser, como a título de ejemplo señala el código, de carácter religioso, asistencial, cultural u otra de interés social. El término “*fin especial*”, carente de significado, fue sustituido de este modo por específicas finalidades, todas ellas de interés social. De este modo se prescribe que no puede instituirse una fundación para favorecer a una determinada persona o familia.

Acto encomiable y altruista del o de los fundadores está dirigido a favorecer a grupos humanos cuya situación social es desventajosa. Este acto se motiva en la vivencia del valor solidaridad que experimenta el fundador. Por el contrario, el acto generoso dirigido en beneficio de personas determinadas, amigos o familiares, puede y debe canalizarse a través de otras instituciones tales como la donación, la sucesión, el legado, la condonación, la renta vitalicia. En la fundación, el instituyente dotado de cierta sensibilidad social y poseedor de medios económicos cumple, dentro de sus posibilidades y en pequeña escala, con una labor supletoria frente al Estado. El cambio radical que se operó entre la concepción patrimonialista del código del 36 y aquella de carácter personalista del código vigente, la fórmula no es del todo satisfactoria pues, a pesar de no ser indispensable en la redacción del artículo no se especifica, como hubiera sido lo óptimo, que la organización es de “personas” y no de otros seres vivientes u objetos.

La finalidad de constituir una fundación ha generado un debate en el derecho peruano, enfrentándose a dos posiciones, una de corte individualista y otra sustentada en el valor de la solidaridad. Para los partidarios de la primera posición, influidos por una corriente de pensamiento y actitud ante la vida de corte individualista-patrimonialista, la fundación se constituía, como precisaba el artículo 64° del código civil de 1936, para un “fin especial”. Bajo la amplia expresión “especial” cabía cualquier interés existencial por lo que podían crearse fundaciones para favorecer a una determinada persona o familia o a diversos otros inciertos grupos humanos. Frente a esta posición, el código de 1984 establece que la finalidad de la fundación debe perseguir siempre un “interés social”. Es, así, que en el artículo 99° se señala, a título ejemplificativo de lo que podría representar un interés social, el logro de finalidades religiosas, culturales o asistenciales.

Asimismo, se argumentó que, para prestar apoyo a ciertas y determinadas personas, especialmente parientes, existían otras figuras jurídicas diferentes a la fundación como, el caso de la sucesión, el anticipo de legítima, o también renta vitalicia o el fideicomiso.

Sin lugar a duda, la doctrina italiana fue de gran ayuda para avalar en esta parte la posición del ponente del Libro Primero del código civil, para el efecto de precisar que la fundación debía tener una finalidad de connotación social. A este respecto fueron fundamentales las opiniones de Cesare Massimo Bianca, de Francesco Galgano y la del propio Pietro Rescigno. Este último sostiene que, aún en el supuesto caso de que el ordenamiento jurídico admitiera las fundaciones familiares, era siempre necesaria la presencia de un interés social. Galgano expresa al respecto

que el recurso a las formas jurídicas de la fundación es admisible, y los inconvenientes económicos que ella comporta son aceptables, sólo en presencia de una finalidad de pública utilidad. Bianca señala que no puede perseguir “una mera ventaja económica de determinados beneficiarios, sino que debe satisfacer intereses ideales o necesidades fundamentales de los destinatarios”. Sintetiza su pensamiento al expresar que la fundación sólo es admisible en cuanto instrumento para la realización de resultados que superen la ventaja económica individual y que presenten una utilidad social.

Cada uno de los fines específicos de la fundación tienen una dimensión comunitaria y, por tanto, no cabría dentro de los precisos alcances de la norma el constituir una fundación para favorecer a una determinada persona o a una familia.

Debe indicarse que el código civil italiano de 1942 no contiene ninguna disposición que indique específicamente cuál ha de ser la finalidad de la fundación. El artículo 16 de dicho cuerpo normativo se refiere genéricamente al hecho que en el acto constitutivo y estatuto de la fundación debe señalarse una finalidad, sin precisar nada más al respecto. Cabe la constitución de fundaciones familiares. Pero, como indica Bianca, aún en este caso, las fundaciones de este tipo, que no se dan en la práctica, deben adecuarse a la naturaleza y a la función del instituto. Las fundaciones pueden favorecer económicamente a los miembros de una o más familias, siempre deben suplir necesidades fundamentales o para realizar finalidades ideales en todo caso valorables como socialmente útiles (bolsas de estudio, mantenimiento de bienes de interés artístico, etc.)<sup>639</sup>.

En el artículo 102º del Código Civil se dispone que la facultad de revocar el acto constitutivo de la fundación no es transmisibile a terceros, sean sucesores o no de los fundadores. De otro lado, se establece que la facultad de revocación de que goza el o los fundadores, no es ejecutable una vez que dicho acto constitutivo ha sido inscrito en el registro pertinente. El acto constitutivo es irrevocable una vez inscrito ya que desde este momento tiene presencia en el universo jurídico un nuevo “sujeto de derecho” independiente de los sujetos de derecho denominados fundadores. Este artículo se inspira en el artículo 15º del Código Civil italiano de 1942, el que está redactado en los siguientes términos: “*El acto de constitución es revocable, antes de su inscripción o del inicio de sus actividades*”.

Trataremos, en estas páginas, sobre el comité. En el derogado código civil de 1936 no se reguló las actividades del comité no sólo porque no se le concebía como una organización de personas sino, también, por la formación formalista de sus autores, por la ausencia de tratamiento de la institución a nivel doctrinario y por la falta de precedentes en la legislación y jurisprudencia

---

<sup>639</sup> Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile*, tomo 1, pág. 315.

comparadas. De otro lado, siguiendo la tradición imperante, no se reconocía calidad de “sujeto de derecho” a las organizaciones de personas que, actuando como si fueran personas jurídicas, no habían procedido a su correspondiente inscripción en los registros públicos. Ellas existían, actuaban en la vida de relación comunitarias, adquirían derechos y contraían obligaciones, pero no eran consideradas como sujetos de derecho. El código civil peruano de 1984 es uno de los primeros cuerpos de normas que considera al comité como persona jurídica siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción en el registro pertinente. El comité es un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas (derechos y deberes) desde que se constituye como una organización de personas que persigue fines valiosos, los que se describen en el artículo 111° del código civil. En efecto, se precisa que el comité es la organización de personas, naturales o jurídicas, dedicada “a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista”. Las normas que regulan la actividad y labor del comité se acercan en algunos casos, a aquellas que rigen a la asociación y, en otros, a las que regulan a la fundación. En ciertos aspectos es similar a la asociación y en otros es análogo a la fundación. Francesco Galgano, al tratar la institución, destaca esta llamativa situación del comité<sup>640</sup>.

#### **7.-La influencia de la doctrina y legislación italiana en la regulación de la organización de las personas no inscrita en el derecho peruano**

El derogado código civil de 1936 ignoró el tratamiento normativo de las actividades jurídicas de las organizaciones de personas no inscritas que, desde tiempos inmemoriales y hasta el presente, actúan en la realidad de la vida social. El código de 1984 reacciona contra el olvido y descuido de los juristas al no considerar como “sujeto de derecho” a la organización de personas no inscrita, en cuanto se trata de un grupo de seres humanos que realiza actos jurídicos, al igual que aquella inscrita, con la diferencia que las situaciones jurídicas (derechos y deberes) de la primera de las nombradas se atribuyen proporcionalmente a todos y cada uno de sus integrantes, sin gozar del excepcional privilegio de derivarlas a un centro unitario ideal como ocurre en el caso de las personas jurídicas, o sea, de la organización que se inscribió en el registro respectivo.

Importancia ha sido, en el tratamiento de la organización de las personas no inscritas, el aporte de la cultura jurídica italiana. Especialmente los aportes de Cesare Massimo Bianca, Francesco Galgano, Pietro Rescigno, Giuseppe Tamburrino, Domenico Rubino. Galgano<sup>641</sup>

---

<sup>640</sup> Galgano, Francesco, *Associazioni non riconosciute. Comitati*, en: *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Zanichelli editore, Bologna, 1976, pág. 269.

<sup>641</sup> Galgano, Francesco, *Associazioni non riconosciuti. Cimitati*, en “*Commentario del Codice civile*” de Scialoja y Branca, 1976, ob. cit., pág. 269.

dedica un notable libro de su autoría a la materia<sup>642</sup> y Bianca efectúa atinadas precisiones sobre su capacidad, mientras Rescigno se refiere a es un trabajo suyo dedicado a la capacidad de prestar testimonio por las personas no reconocidas<sup>643</sup>, sobre las dificultades que se presentan para conciliar el dato económico con la fidelidad al lenguaje legislativo. Expresa Rescigno que algunas de las diversas fórmulas empleadas para resolver el problema de lo que llamamos “organización de personas no inscrita”. Se refiere a aquellas referidas como de la subjetividad “imperfecta”, de la personalidad “relativa”, la de la “cuasi subjetividad”. Todas ellas, señala Rescigno, representan un tentativo de mediación entre norma y hecho.

Encuentra inspiración la regulación de las organizaciones de personas no inscritas del código civil peruano en el código civil italiano de 1942, especialmente en los artículos 36 a 42.

El código civil peruano prefirió adoptar la designación de “organización de personas no inscrita”. En primer lugar, por la necesidad de remarcar la dimensión sociológico-existencial tanto de las personas jurídicas como de los entes colectivos que, careciendo de esta formalidad, actúan y tienen las mismas finalidades que aquéllas, para contrarrestar la tendencia impuesta por el formalismo que considera a estos entes como puros seres ideales, ajenos a la realidad, como simples centros ideales unitarios de imputación de derechos y deberes. En segundo lugar, la expresión utilizada en el código civil de 1984 tiene el acierto de poner de manifiesto que las personas, que real y efectivamente actúan tanto en el seno de las personas jurídicas como en la de los entes no inscritos, se constituyen como auténticas “organizaciones”. Con esta expresión entendemos, como está dicho, una pluralidad de personas que, a través de una actividad común, persiguen un mismo fin, para lo cual cada una de ellas asume un determinado rol, una específica función dirigida a lograr dicha finalidad.

Es también importante destacar que, el considerar a las organizaciones de personas no inscritas como sujetos de derecho, representa un avance importante en lo que concierne al área de la vida humana social, en la cual la persona debe desenvolverse libremente, sin necesidad de obligarla a cumplir necesariamente con un requisito formal como es la inscripción de dichas organizaciones en los Registros Públicos. El ser humano es libre para realizarse según su decisión ya sea dentro de una organización inscrita, o “persona jurídica” o dentro de una organización no

---

<sup>642</sup> Galgano, Francesco, *Associazioni non riconosciute. Cimitati*, en “Commentario del Codice civile” de Scialoja y Branca, 1976, ob. cit., pág. 269.

<sup>643</sup> Rescigno, Pietro, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, en: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bolonia, 1966, p. 275 y ss.

inscrita. En ambos casos nos encontramos frente a sujetos de derecho reconocidos por el ordenamiento jurídico peruano.

## **8.- Tratamiento de la asociación, fundación y comité no inscritos**

El artículo 125° del Código Civil de 1984, respecto a la asociación no inscrita, prescribe que las cuotas y los bienes que integran su patrimonio “constituyen su fondo común”. Mientras exista la asociación, y tal como lo determina dicho numeral, este fondo no podrá ser materia de partición y división, así como ninguno de los miembros que la componen puede solicitar el reembolso de sus aportaciones. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la asociación inscrita, disuelta y liquidada la asociación “no inscrita”, los asociados tienen derecho a participar en la entrega del haber neto resultante luego de concluido este proceso. Ello, en mérito a que los asociados son condóminos del patrimonio desde que, al no haberse creado un centro unitario formal de imputación de derechos y deberes, como sucede en el caso de la “persona jurídica”, cada uno de ellos es titular del patrimonio y responde por las obligaciones contraídas por la “asociación no inscrita” de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Respecto a lo que concierne a las obligaciones asumidas por la “asociación no inscrita”, el artículo 126 del código civil establece que:

*“Artículo 126. El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes”.*

Es el fondo común el que, en primer término, responde por las obligaciones contraídas por la asociación no inscrita. Si el fondo fuese insuficiente para satisfacer tales obligaciones, serán los propios asociados que hubieren actuado en su nombre, los que las asuman en la parte proporcional que les corresponda. Esta responsabilidad es solidaria, en su caso. Además, el artículo 126° del código civil peruano dispone que la responsabilidad en referencia involucra no sólo a los dirigentes de la asociación sino, en general, a cualquier asociado que hubiera actuado en su nombre.

El código civil peruano de 1984 incorpora a la **fundación entre las organizaciones de personas no inscritas**. Este sujeto de derecho no se encuentra regulada en el código civil italiano de 1942, pero Francesco Galgano propugnó su regulación<sup>644</sup>, apoyando la posibilidad de existencia de una fundación no inscrita o no reconocida. La presencia en el mundo jurídico de la fundación no inscrita sólo es posible tratándose de fundaciones *inter vivos*. Esta figura se presenta

---

<sup>644</sup> Galgano, Francesco, *Associazioni non riconosciuti. Comitati*, p. 290 y ss.

cuando el o los fundadores, antes de producirse la correspondiente inscripción registral, ordenan a los administradores iniciar las actividades de la fundación. Durante el lapso que existe entre el momento del comienzo de las actividades de la fundación y aquel de su inscripción registral, estamos frente a una organización de personas no inscrita, la que la ley la reconoce como “sujeto de derecho”.

Es necesario precisar que la fundación no inscrita tiene carácter transitorio, desde que sólo tiene vigencia durante el período en el cual, pese a no estar aún inscrita, ella actúa en la realidad de la vida comunitaria cumpliendo una orden del fundador o fundadores. Esta transitoriedad se explica desde que el propósito perseguido no es el de prolongar esta situación, sino el obtener la inscripción de la fundación o, de no ser ello posible, la entrega de su patrimonio a otras fundaciones de fines análogos. Ello obedece a la especial importancia de orden patrimonial que, generalmente, tienen las fundaciones. No obstante, durante el período de tiempo antes de que ocurra alguna de las indicadas hipótesis, la “fundación no inscrita” adquiere subjetividad.

Así el artículo 127 del Código Civil de 1984 prescribe que si, por cualquier causa, el acto constitutivo de la fundación no logra inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones pertinentes para lograr dicha inscripción. El propósito es, por consiguiente, no hacer duradera una situación de transitoriedad sino llevar a cabo todas las actividades que sean pertinentes para su inscripción registral, dispone:

*“Artículo 127. Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Al Ministerio Público o quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción”.*

El artículo 128 del código civil se trata a la responsabilidad que asumen los administradores de la fundación no inscrita. Éstos son responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad que se fijó en el acto de constitución, así como por las obligaciones que hayan contraído, dispone que:

*“Artículo 128. Los administradores de la fundación, en tanto no está inscrita, son solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído”.*

Puede suceder que la inscripción no sea posible. De presentarse esta situación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129º del código peruano, corresponde a la autoridad judicial señalada en este numeral, el determinar a que otra fundación de fines análogos se destinará el patrimonio de la fundación no inscrita. En esta hipótesis la fundación no inscrita, en

cuanto “sujeto de derecho”, tiene vigencia entre el instante en que inició sus actividades y aquel en que se produce la transferencia del patrimonio a otra fundación. El artículo 129 dispone que:

*“Artículo 129. De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial”.*

Se concede a quien tenga legítimo interés la posibilidad de solicitar la afectación de los bienes de la fundación que no ha logrado su inscripción.

El artículo 130° del Código Civil establece que el **comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito** se regula por los acuerdos de sus integrantes, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que pertinente. Estas normas son las que rigen tratándose del comité inscrito. Así dispone:

*“Artículo 130. El comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 11 a 123, en lo que sean pertinentes”.*

Rige el mismo principio de solidaridad que encontramos tratándose de las otras “organizaciones de personas no inscritas” en cuanto al deber de parte de sus organizadores de conservarlo, de destinarlos a la finalidad anunciada y asumir las obligaciones contraídas. Es así como el artículo 131 establece que:

*“Artículo 131. Quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asuman la gestión de los aportes recaudados, son responsables solidariamente de su conservación, de su aplicación a la finalidad anunciada y de las obligaciones contraídas”.*

## **9.- Las comunidades campesinas y nativas en el código civil vigente del Perú**

La Constitución peruana de 1933, que inspiró el código civil de 1936, designaba a las comunidades campesinas y nativas con la expresión de “comunidades indígenas”. El artículo 207° de la referida Constitución confería a las comunidades indígenas “*existencia legal y personería jurídica*”. Le otorgaba así, sin mencionarlo, la calidad de persona jurídica. Pero de un “sujeto de derecho” que carecía de plena capacidad de ejercicio. La Constitución de 1933, tratándose de las comunidades indígenas, era discriminatoria y paternalista. En cierto modo, les trataba como instituciones que, debido a su relativa capacidad, merecían la protección del Estado frente al acecho de otros sectores de la población dispuestos a arrebatarles las tierras que, por siglos, poseían. Es, por ello, que dicha Constitución, su artículo 208 dispone que el “*Estado*

*garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades*”. En aquellos tiempos eran frecuentes los litigios de tierras entre las comunidades indígenas y sus vecinos. La posición proteccionista asumida por la Constitución de 1933, frente a las comunidades que designaba como indígenas, explica que en su artículo 209 se prescribiera que sus tierras eran imprescriptibles e inenajenables, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública. Estas tierras eran inembargables. Los indígenas no podían disponer de lo que les pertenecía a título de propietarios. Como consecuencia del proteccionismo que se encuentra en el articulado de la Constitución de 1933 en lo que atañe a las comunidades indígenas explica también que, en el artículo 210, se estableciera que el Estado “*procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de la población y podrá expropiar con tal propósito, tierras de propiedad particular, previa indemnización*”.

En cuanto al artículo 71 del código civil de 1936 se regulaba la obligatoriedad de la inscripción de las comunidades indígena en *su registro especial*, mientras que en su artículo 73°, en concordancia con el proteccionismo establecido en la Constitución de 1933, prohibía que las comunidades indígenas arrendaran o cedieran el uso de sus tierras a los propietarios de los predios colindantes.

Así, la siguiente constitución peruana, la de 1979, recoge la nueva denominación que se había asignado por dispositivo legal a las llamadas comunidades “*indígenas*”. Los artículos 161 a 163 de citada carta magna regulan la actividad de las “Comunidades campesinas y Nativas”. Al igual que lo prescrito en la anterior Constitución de 1933, el artículo 161 les reconoce “*existencia legal y personería jurídica*” y se enuncia que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de las tierras, así como en lo económico y administrativo.

Representando un gran avance en relación con la Constitución de 1933, la de 1979 declara que se “*respeta y protege las tradiciones*” de las Comunidades Campesinas y Nativas y que se “*propicia la superación cultural de sus integrantes*”. En el artículo 162 se enuncia que el Estado promueve su desarrollo integral y “*fomenta las empresas comunales y cooperativas*”.

Como en la constitución de 1933, el artículo 163 de la de 1979, prescribe que las tierras de las comunidades son inembargables e imprescriptibles. Dispone que son también inalienables, pero, distanciándose de la constitución que la precedió, dispone que no sólo la salvedad de la expropiación por necesidad y utilidad pública, sino que incorpora la posibilidad de que las tierras puedan enajenarse en caso de “*ley fundada en el interés de la comunidad y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta*”. Se dispone que, en ambos supuestos, el pago se efectúa previamente y en dinero. Se prohíbe así mismo, el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

La incorporación dentro de código civil peruano de 1984 de las comunidades campesinas y nativas se debió a una tardía iniciativa de la Comisión Revisora del Proyecto de Reforma del citado código.

El código civil de 1984 desarrolla más extensamente las disposiciones sobre las Comunidades Campesinas y Nativas contenidas en el código de 1936, así como en la constitución de 1979. El artículo 134 del Código Civil de 1984, a diferencia del Código derogado, define la institución. Así dispone que:

*“Artículo 134. Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”.* Se declara, además, que están reguladas por legislación especial.

En este cuerpo normativo se les reconoce como una *“organización de personas”* que persigue fines valiosos, regulada normativamente. Se les describe, primariamente, por lo que son en la realidad de la vida, es decir, como *“organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales”*. Luego, se enuncian sus fines valiosos en el sentido que dichas organizaciones de personas *“se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”*.

En cuanto persona jurídica, su regulación formal, en cuanto persona jurídica, está dada por el artículo 78, que es un dispositivo común a todas las *“organizaciones de personas inscritas”*. Sus actividades, en general, están normadas por los artículos 134 a 139 del código de 1984. Es decir, por seis numerales, a diferencia del Código de 1936 que era más escueto pues dedicaba al tema solamente tres artículos.

Así el artículo 135 del código civil se dispone que, aparte del reconocimiento de la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas como persona jurídica de raíz constitucional, se les obliga a contar, además de su inscripción en el registro respectivo, de otro reconocimiento adicional de carácter *“oficial”*. Bajo este último concepto se hace evidente que se les exige un reconocimiento gubernamental. Es de advertir que esta formalidad del *“reconocimiento oficial”*, de tipo administrativo, no estaba prevista en el artículo 161° de la Constitución de 1979 ni exigida por el código civil vigente tratándose de las otras personas jurídicas por él reguladas.

Por su parte, el artículo 136 del código civil de 1984, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución de 1979, prescribe que las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por el ordenamiento

constitucional. También se regula que *“se presume son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad”*.

El artículo 138 completa un vacío del código de 1936, al disponer que la asamblea general es el órgano supremo de las comunidades, así como que *“los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio”*.

Finalmente, en el artículo 139 se establece que las comunidades deben contar con un padrón general actualizado con los datos de los miembros referidos en dicho numeral, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o de representación. Se señala también que las comunidades tienen un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio.

## CONCLUSIONES

- En la presente investigación doctoral se ha pretendido realizar un tratamiento, si bien provisional para desarrollarlo en un futuro con mayores profundizaciones, sobre el tratamiento del derecho de las personas en el código civil peruano de 1984, y la influencia que ha recibido de la cultura jurídica italiana.
- El gran avance técnico y axiológico entre el precedente código de 1984 frente al código civil de 1984 es evidente. Se ha tratado de presentar la pléyade de las diversas ideologías o concepciones del mundo que inspiraron el contenido de cada uno de dichos códigos, lo que los hace sustancialmente diferentes en cuanto al modelo de sociedad que pretenden regular en orden a la protección del “*proyecto de vida*” de cada persona, dentro del bien común, mediante la vivencia comunitaria de la justicia y los demás valores que se realizan en el vivir comunitario.
- Entre el código civil italiano de 1942 y el código peruano de 1984 se evidencia no sólo coincidencias y diferencias de carácter sistemático, sino especialmente semejanzas y distingos en el tratamiento normativo de las instituciones que conforman el derecho de las personas. Ello por cuanto el codificar de 1984, el profesor Carlos Fernández Sessarego, tuvo más en cuenta la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia italiana, que el código civil de 1942. Se consideró más fecundo y rico el aporte del pensamiento de los juristas italianos que el código civil de su país.
- No obstante lo afirmado, debe resaltarse que la regulación del libro primero del código civil de 1984 estuvo referido a la realidad social del Perú y a propias teorías nacidas en el país, como la teoría tridimensional de lo jurídico y el planteamiento peruano de los derechos de las personas.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Tutela della salute e diritto privato*, al cuidado de Francesco Donato Busnelli y Umberto Breccia, en: *Diritto e problemi contemporanei. Ricerche, rassegne, saggi*, recopilados por Pietro Rescigno, volumen II, Giuffrè editore, Milán, 1978.
- Abbagnano, Nicola, *Introduzione all'esistenzialismo*, Casa editrice Il Saggiatore, Milán, 1965.
- Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la Teoría Tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009.
- Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019.
- Agurto Gonzales, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Ajani, Gianmaria, *Diritto comparato e diritto internazionale*, en: *Rivista di diritto pubblico europeo e comparato*, 2001.
- Ajani, Gianmaria; Anderson, Miriam; Arroyo i Amayuelas, Esther y Pasa, Barbara, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010.
- Alpa Guido y Resta, Giorgio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, segunda edición, Utet Giuridica-Wolters Kluwer, Milán, 2019.
- Alpa, Guido (al cuidado de), *La responsabilità civile. Parte Generale*, Nuova Giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale, Colección fundada por Walter Bigiavi y dirigida por G. Alpa, U. Breccia, G. Bonilini, F. Carinci, M.Confortini, A. Iannarelli, M. Sesta, G. Cottino, O.Cagnasso, Utet Giuridica, Turín, 2010.
- Alpa, Guido y Bessone, Mario, *I fatti illeciti e la responsabilità civile*, en: *Tratatto di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, volumen XIV, Utet, Turín, 1982.
- Alpa, Guido, *Che cos'è il diritto privato?*, segunda edición, editori Laterza, Roma-Bari, 2009.

- Alpa, Guido, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- Alpa, Guido, *Il “danno biologico”: nozione normativa*, en: *Dialoghi sul danno alla persona*. Saggi raccolti nell’ambito della seconda edizioni dei “Dialoghi di diritto civile” tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento (a.a.2004-2005), Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Trento, n. 55, Trento, 2006.
- Alpa, Guido, *Il danno biologico*, segunda edición, Cedam, Padua, 1993.
- Alpa, Guido, *Lo statuto dell’embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, en: AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi-Fondazione Corriere della Sera, Corriere della Sera, Milán, 2005.
- Alpa, Guido, *Manuale di diritto privato*, sexta edición, Cedam, Padua, 2009.
- Alpa, Guido, *Nuovi aspetti della responsabilità civile*, en: *Seminari di aggiornamento professionale (2005)*. I. Lex mercatoria: un dialogo con Francesco Galgano (12 ottobre 2005). II. I nuovi confini del diritto privato europeo (15 ottobre 2005). III. Il diritto italiano e il diritto latino-americano. Materiali degli incontri di Buenos Aires e Rosario (9 marzo 2006), al cuidado de Guido Alpa, Consiglio Nazionale Forense, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Alpa, Guido; Bessone, Mario y Carbone, Vincenzo, *Atipicità dell’illecito. II.- Diritti della personalità e danno morale*, tercera edición, Giuffrè editore, Milán. 1993.
- Alterini, Atilio Anibal, *Rumbos actuales del derecho de daños*, en: *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, año X, n. X, Buenos Aires, octubre del 2008.
- Ascarelli, Tullio, *Personalità giuridica e problemi delle società*, en: Id., *Problemi giuridici*, tomo primero, Giuffrè Editore, Milán, 1959.
- Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediar S.A., Buenos Aires, 1947.
- Ballarini, Gianni, *La capacità giuridica “statica” del concepito*, en: *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen XXXVI, Giuffrè Editore, Milán, julio-septiembre de 2007.
- Ballarini, Gianni, *Nascituro (soggettività del)*, en: *Enciclopedia di Bioetica e Scienze Giuridica*, volumen IX, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015.
- Basadre Grohmann, Jorge, *Historia de la República del Perú (1822-1933)*, Editorial El Comercio, Lima, 2014.

- Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile, I: La norma giuridica – I soggetti*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.
- Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile, tomo V: La responsabilità*, reimpression, Giuffrè editore, Milán, 2005.
- Bilotta, Francesco, *Il danno alla persona nel diritto peruviano. Daño al bienestar, daño al proyecto de vida e danno esistenziale: una lettura comparatistica*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXXII, n. 4, Giuffrè editore, Milán, 2007.
- Bilotta, Francesco, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*, en: Danno e responsabilità, n.4, Ipsoa, Milán, 2001.
- Bilotta, Francesco, *Il prisma del danno non patrimoniale*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXX, fascículos 4-5, Giuffrè editore, Milán, 2005.
- Biondi, Biondo, *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana*, en: JUS. Rivista di Scienze Giuridiche, pubblicata per cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, fascículo 1, Milán, julio de 1950.
- Blancas Bustamante, Carlos, *El acoso moral en la relación de trabajo*, Palestra editores, Lima, 2007.
- Bobbio, Norberto, *El existencialismo. Ensayo de interpretación*, traducción de Lore Terracini, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1949.
- Bonasi Benucci, Edoardo, *La responsabilità civile*, Milán, 1955.
- Bonelli, Gustavo, *La teoria della persona giuridica*, en: Rivista di Diritto Civile, año II, Società editrice Libreria, Milán, 1910.
- Burgos, Osvaldo R., *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de pensamiento jurídico occidental, Rosario, 2008.
- Busnelli, Francesco Donato, *Persone e famiglia*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.
- Busnelli, Francesco D. y Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile*, segunda edición actualizada, G.Giapicchelli editore, Turín, 2003.
- Busnelli, Francesco Donato, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, G.Giappichelli editore, Turín, 2001.

- Busnelli, Francesco Donato, *El daño a la persona*, en: *Persona, libertad y Derecho. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Busnelli, Francesco Donato, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, G. Giapicchelli, Turín, 2001.
- Busnelli, Francesco Donato, *Il danno risarcibile: problemi e prospettive*, en: Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno (danno biologico, danno morale, danno alla vita di relazione), Trevi, 30 giugno-1 luglio 1989, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, n. 41, 1990.
- Busnelli, Francesco Donato, *Il diritto delle persone*, en: *I cinquant'anni del codice civile*, atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992, volume primo: Relazioni, Giuffrè Editore, Milán, 1993.
- Busnelli, Francesco Donato, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, en: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè editore, fascículo I, año L, Milán, 1996.
- Busnelli, Francesco Donato, *L'inizio della vita umana*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 2004.
- Bussani, Mauro, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Turín, 2010.
- Cabrillac, Rémy, *Las codificaciones*, traducción efectuada por Paulina Pulido Velasco y Claudia Bulnes Olivares, bajo la dirección de Mauricio Tapia Rodríguez, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2009.
- Cacace, Simona, *Il mobbing e il danno esistenziale. Quando il terrorismo è psicologico*, en: *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2003.
- Cachón Cadenas, Manuel, *Memoria de Procesalistas*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil. I.- Introduction. Les Personnes*, décimo tercera edición actualizada, Presses Universitaires de France, París, 1980.
- Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, París, 2010.

- Carnelutti, Francesco, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, en: Id., Discorsi intorno al diritto, III, Cedam, Padua, 1961.
- Castillo Freyre, Mario, *Tentaciones académicas. La reforma del código civil peruano de 1984*, tomo I, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1998.
- Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, tercera edición, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Catalano, Pierangelo, *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, en: Id. *Diritto e Persone I*, primera reimpression, G.Giappichelli, Turín, 1996.
- Catalano, Pierangelo, *Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil Peruano de 1984)*, en: *El Código civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986.
- Catalano, Pierangelo, *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Texeira de Freitas)*, en: Id, *Diritto e Persona I*, reimpression, G. Giappicchelli editore, Turín, 1996.
- Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell’Università degli Studi di Firenze, Florencia, 1990.
- Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Per la Storia del pensiero giuridico moderno, volumen 40, Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia – Centro di Studio per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffrè editore, Milán, 1991.
- Cendon, Paolo, *L’itinerario del danno esistenziale*, en: *Giurisprudenza Italiana*, n. 4, Utet, Turín, abril del 2009.
- Cendon, Paolo, *Non di sola salute vive l’uomo*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000.
- Cieza Mora, Jairo, *Las técnicas de reproducción humana asistida. El impacto de una regulación en el Perú*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- Comandè, Giovanni, *Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*, en: *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2003.

- Comandè, Giovanni, *La verità, vi prego, sul danno esistenziale*, en: *Guida al Diritto*, n. 47, 2008.
- Comandè, Giovanni, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, G.Giappichelli editore, Turín, 1999.
- Cornejo, Ángel Gustavo, *Código Civil. Exposición sistemática y comentarios*, Lima, Librería Imprenta Gil, 1937.
- Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, segunda edición, Losada, Buenos Aires, 1964.
- Cossio, Carlos, *Panorama della teoria egologica del Diritto*, en: *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, volume primo: *Filosofia e Teoria Generale del Diritto*, Cedam, Padua, 1950.
- De Ángel Yágüez, Ricardo, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, cuarta edición puesta al día y ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, en: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, continuado por Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982.
- De Cupis, Adriano, *Il valore economico della persona umana*, en: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956.
- De Cupis, Adriano, *La persona umana nel diritto privato*, en: *Il Foro Italiano*, volumen 79, Società Editrice Il Foro Italiano, Roma, 1956.
- Del Solar Rojas, Francisco José, *Teoría Tridimensional del Derecho*, en: *Jurídica*, suplemento de análisis legal del diario “El Peruano”, año 8, n. 396, Lima, martes 28 de febrero del 2012.
- Di Giovanni, Bianca, *La dignità della persona nella Costituzione*, Ediesse, Roma, 2018.
- Díaz Cáceda, Joel, *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Jurista Editores, Lima, 2006.
- Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

- Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en: Trattato di Diritto Privato, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, 2. Persone e famiglia, segunda edición, Utet, Turín, 1999.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las Personas. Concebido y personas naturales*, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, sexta edición, Lima, 2012.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*, séptima edición, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Por un sistema jurídico con identidad propia. Propulsor de grandes reformas. El humanismo peruano en la obra de Carlos Fernández Sessarego*, en: *Jurídica*, Suplemento de Análisis Legal del diario “El Peruano”, segunda etapa, año 10, Lima, 08 de marzo de 2016.
- Fappiano, Oscar L., *El daño al proyecto de vida en proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al derecho internacional de los derechos*, en: Revista “Abogados”, año IV, n.7, Lima, 2002.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999.
- Feola, Maria y Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, en: Rivista Critica del Diritto Privato, año XXV, n. 03, Jovene editore, Nápoles, septiembre del 2007.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del Derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*, tercera edición, Motivensa editora jurídica, Lima, 2018.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Aspectos jurídicos del “consentimiento informado” del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada*, en: Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Grijley, Lima, 2004.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Breves Reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del Derecho*, en: *El Derecho a Imaginar el Derecho*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano*, en: Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano, Studi Sassaesi 5, Giuffrè editore, Milán, 1981.

- Fernández Sessarego, Carlos, *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la Revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, en: Mercurio Peruano, Lima, mayo-junio de 1964.
- Fernández Sessarego, Carlos, *De las personas*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, decimotercera edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, Asstrea, Buenos Aires, 2015.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El concebido en el derecho contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil de 1984*, en: Libro Homenaje a José León Barandiarán, editorial Cultural Cuzco, Lima, 1985.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942*, en: *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, editorial Cuzco, Lima, 1986.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El daño al “proyecto de vida” en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas*, en: Revista Jurídica del Perú, n.100, Gaceta Jurídica, Lima, junio del 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Editorial Civitas, Madrid 2003.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: revista Themis, n° 39, Lima, 1999.

- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como Libertad. La Teoría Tridimensional del Derecho*, cuarta edición, Motivensa Editora Jurídica, Lima 2017.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Estudio comparativo de algunos aspectos del derecho de las personas en los códigos civiles peruano e italiano*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Fernández 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, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, compiladora Delia Revoredo de Debaquey, Librería Studium, Lima, 1985.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, en: "Cuadernos de Derecho, n° 3, órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Homenaje a José León Barandiarán*, en: Revista Foro Jurídico, n°3, febrero del 2004.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, noviembre de 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *José León Barandiarán*, en: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 2012.
- Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, segunda edición, imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968.
- Fernández Sessarego, Carlos, *La persona jurídica y la doctrina contemporánea*, en Id., *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Universidad de Lima, Lima, 1984.

- Fernández Sessarego, Carlos, *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza de la persona jurídica*, en Id., *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Sobre el fallo “Aróstegui” de la CSJN*, en: *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, La Ley, año X, n. 10, Buenos Aires, octubre del 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Trascendencia y reparación del “daño al proyecto de vida” en el umbral del siglo XXI*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Tratamiento Jurídico del Concebido*, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare diritto*, en: *Il diritto dei nuovi mondi*, actas del Congreso organizado por los institutos de derecho privado de las Facultades de Derecho, desarrollado en la ciudad de Génova, del 5 al 7 de noviembre de 1992, Cedam, Padua, 1994.
- Ferrara, Francesco, *Le persone giuridiche*, segunda edición con notas de Francesco Ferrara junior, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1956.
- Ferrara, Francesco, *Teoria della persona giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, año II, Società editrice Libreria, Milán, 1910.
- Ferrara, Francesco, *Teoria delle persone giuridiche*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turín, 1915.
- Ferri, Giordano, *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari en ella stagione della codificazione unitaria*, en: *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padua, año LV, n° 2, marzo-abril del 2009.

- Franceschelli, Vincenzo, *Diritto privato*, séptima edición, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2018.
- Franzoni, Massimo, *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año III, Cedam, Padua, 1988.
- Franzoni, Massimo, *Danno morale*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año VI, Cedam, Padua, 1990.
- Franzoni, Massimo, *Il danno alla persona*, Giuffrè editore, Milán, 1995.
- Franzoni, Massimo, *Il danno risarcibile*, en: *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por M. Franzoni, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2010.
- Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003.
- Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003.
- Franzoni, Massimo, *Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil*, en: *La persona*, Biblioteca “Observatorio de derecho civil”, volumen IV, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Frosini, Vittorio, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, volumen 15, Cedam, Padua, 1969.
- Fueyo Laneri, Fernando, *Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú*, en el volumen colectivo *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Editorial Cuzco, Lima, 1985.
- Fusaro, Andrea, *L’associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Cedam, Padua, 1991.
- Fusaro, Arianna, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Cedam, Padua, 2002.
- Galgano, Francesco, *Danno non patrimoniale e diritti dell’uomo*, en: *Contratto e impresa*, n. 04-05, año XXV, Cedam, Padua, 2009.
- Galgano, Francesco, *Delle Associazioni non riconosciute e dei comitati, Art. 36-42*, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1967.

- Galgano, Francesco, *Delle persone giuridiche, art. 11-35*, Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Nicola Zanichelli Editore – Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969.
- Galgano, Francesco, *Diritto privato*, décimo séptima edición, Wolters Kluwer-Cedam, Vicenza, 2017.
- Galgano, Francesco, *Istituzioni di diritto privato*, segunda edición, Cedam, Padua, 2002.
- Galgano, Francesco, *La favola della persona giuridica*, en: *Il rovescio del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 1991.
- Galgano, Francesco, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, Cedam, Padua, 1987.
- Galgano, Francesco, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año I, Cedam, Padua, 1985.
- Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- Galgano, Francesco, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 1965.
- Gallo, Paolo, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Utet Giuridica, Turín, 2009.
- Gallo, Paolo, *Il danno alla persona*, en: *Introduzione al diritto comparato*, volume secondo: Istituto Giuridici, G. Giappichelli editore, Turín, 1998.
- Gallo, Paolo, voz *Soggetto di diritto*, en: *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, Sesto aggiornamento, dirigido por Rodolfo Sacco, Utet Giuridica, Turín, 2011.
- Gambaro, Antonio y Sacco, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati*, cuarta edición, Utet Giuridica, Vicenza, 2018.
- Gambaro, Antonio, *The structure of legal systems*, en: *Italian National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law*, Giuffrè editore, Milán, 2002.
- Gazzoni, Francesco, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno esistenziale)*, en: *Rivista di diritto commerciale*, I, Piccin, Padua, 2000.
- Gentile, Guido, voz *Danno alla persona*, en: *Enciclopedia del Diritto*, volumen XI, Giuffrè editore, Milán, 1962.

- Gerin, Cesare, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, en: Riv.inf.e mal.prof., 1953.
- Gioia, Melchiorre, *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili* (1821), precedido por un elogio histórico del autor de G.D. Romagnosi, Lugano, Ruggia y C., 1833.
- Giorgi, Giorgio, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, volumen I: Parte Generale, Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1889.
- Graziadei, Michele, *El derecho comparado, la historia del derecho y la holística en el estudio de las culturas jurídicas*, en: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. *Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Graziadei, Michele, *Pietro Rescigno. Comparatista*, en: *Profili di un maestro di diritto. I 90 anni di Pietro Rescigno*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018.
- Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Grossi, Paolo, *Europa y el Derecho*, traducción castellana de Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008.
- Grossi, Paolo, *Il ruolo del giurista, oggi*, en: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Universitas Lateranensis, Año LXXV, Roma, 2010.
- Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, tercera edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Grossi, Paolo, *La legalidad constitucional en la historia del Derecho moderno*, en: *Propiedad, Constitución y Globalización*, traducción de Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ediciones Olejnik, Argentina, 2017.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione del diritto*, décimo quinta edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010.
- Grossi, Paolo, *Una costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Marietti 1820, Bolonia, 2018.
- Guevara Pezo, Víctor, *Personas naturales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

- Guzmán Brito, Alejandro, *El tradicionalismo en el código civil peruano de 1852*, en: Revista de estudios histórico-jurídicos, n° 23, Valparaíso, 2001.
- Halpérin, Jean-Louis, *El código civil*, traducción efectuada por Mary Paz Muñoz Pizarro, bajo la dirección de Mauricio Tapia Rodríguez, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019.
- Hirigoyen, Marie-France, *Le harcèlement moral – La violence perverse aun quotidien*, La Découverte et Syros, París, 1998, traducción italiana de M. Guerrra, *Molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro*, Einaudi, Turín, 2000.
- Jhering, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3<sup>e</sup> édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, deuxième édition, tome IV, A. Marescq, Aîné, París, 1880.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.
- Legrand, Pierre, *Le Droit comparè*, 4e. édition mise à jour, Presses Universitaires de France, París, 2011.
- León Barandiarán, José, *Curso elemental de derecho civil peruano. Parte General del Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. El derecho de las personas en el Código Civil*, Lima, 1980.
- León Barandiarán, José, *Discurso de presentación del Libro Derecho de las Personas (Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano) de Carlos Fernández Sessarego*, en: Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo de Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- León Barandiarán, José, *Tratado de Derecho Civil*, t. I., Gaceta Jurídica, Lima, 1991.
- Leymann, Heinz, *The content and development of mobbing at work*, en: European Journal of Work and Organizational Psychology, año V, n°2, 1996.
- Ligi, Franco, *Contributo allo studio comparato della personalità negli ordinamenti tedesco, americano, francese e italiano*, en: Anuario di diritto comparato e di studio legislativo, volumen XXXI, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1956.
- Losano, Mario G., *La Teoría Pura del Derecho. Evolución y Puntos Cruciales*, Ediciones Argentina, Argentina, 2017.

- Losano, Mario G., *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci editore, Roma, 2018.
- Lupoi, Maurizio, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, segunda reimpression, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2006.
- Macioce, Francesco, *Tutela civile della persona e identità personale*, Cedam, Padua, 1984.
- Marini, Giovanni, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I-II)*, en: Rivista critica di diritto privato, volumen 26, fascículos 1 y 2, Jovene editore, Nápoles, 2008.
- Martín, Margarita y Pérez de Guzmán, Sofía, *El acoso moral en el trabajo: la construcción social de un fenómeno*, en: Cuadernos de Relaciones Laborales, volumen 20, nº2, 2002.
- Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997.
- Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, quinta edición, Editori Laterza, 2011.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo II: *Doctrinas Generales*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1954.
- Moccia, Luigi, *Comparazione e studio del diritto*, en: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año LVII, fascículo 3, Giuffrè editore, Milán, 2003.
- Moccia, Luigi, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè editore, Milán, 2005.
- Moccia, Luigi, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, en: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año LXV, fascículo 3, Giuffrè editore, Milán, 2011.
- Monateri, Pier Giuseppe y Bellerio, Augusto, *Il quantum nel danno alla persona*, primera edición, Giuffrè editore, Milán, 1984.
- Monateri, Pier Giuseppe y Somma, Alessandro, *Il modelo di civil law*, cuarta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2016.
- Monateri, Pier Giuseppe, *“Alla soglie”*: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale, en: Danno e responsabilità, n.8-9, Ipsoa, Milán, 2000.
- Monateri, Pier Giuseppe, Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Danno biologico: cenni introduttivi*, en: Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per una giusto risarcimento.

Dalla riforma proposta dall'ISVAP all'adeguamento all'Europa, Giuffrè editore, Milán, 1999.

- Monateri, Pier Giuseppe, *Cittadinanza e laicità fra emancipazione e messianesimo politico*, en: Stato, Chiese e pluralismo confessionale, revista telemática, febrero del 2009, en: [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it).
- Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca "Observatorio de derecho civil", volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Monateri, Pier Giuseppe, en: *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, en: Revue internationale de droit comparé, volumen 51, n°4, Société de Législation Comparée, París, octubre-diciembre de 1999.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, en: Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti, al cuidado de Alessandro Somma, G.Giappichelli editore, Turín, 2007.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Il diritto soggettivo*, en: *Pensare il diritto civile*, G. Giappichelli editore, Turín, 1995.
- Monateri, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en: *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo Sacco, Utet, Turín, 1998.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Ara editores, Lima, 2009.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Verso una teoria del danno esistenziale*, en: *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000.
- Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto, *Mobbing: dall'emersione del fenomeno alle prime reazioni*, en: [www.dannoallapersona.it](http://www.dannoallapersona.it), página web de la Associazione italiana sul danno alla persona.
- Muir-Watt, Horatia, *La fonction subversive du droit comparé*, en: Revue internationale de droit comparé, volumen 52, n°3, Société de Législation Comparée, París, julio-septiembre del 2000.

- Nerson, Roger, *La protección de la personalidad en el derecho privado francés*, traducción de José María Castán Vázquez, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.
- Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, quinta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2019.
- Oppo, Giorgio, *L'inizio della vita umana*, en: *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padua, 1982.
- Orestano, Riccardo, *Il «problema delle persone giuridiche in diritto romano I»*, G. Giappichelli editore, Turín, 1968.
- Orestano, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, G. Giappichelli editore, Turín, 1968.
- Panizo Orallo, Santiago, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra di Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1975.
- Papi, Luigi, *Lo stato anteriore e le macromenomazioni*, en: *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*, al cuidado de Giovanni Comandé y Ranieri Domenici, Edizioni ETS, Pisa, 2005.
- Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, décima edición, G.Giappichelli Editore, Turín, 2018.
- Paradiso, Massimo, *Il danno alla persona*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, Giuffrè editore, Milán, 1981.
- Patti, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*, segunda edición, Giuffrè editore, Milán, 2007.
- Patti, Salvatore, *Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca "Observatorio de derecho civil", volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Patti, Salvatore, *Le sezioni unite e la parabola del danno esistenziale*, en: *Il Corriere Giuridico*, n. 03, Ipsoa, Milán, 2009.
- Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padua, 2007.

- Pérez Vargas, Víctor, *La Filosofía Personalista en la obra de Carlos Fernández Sessarego*, en: *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, tomo I, Idemsa, Lima, 2010.
- Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, segunda edición revisada e integrada, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1991.
- Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, segunda reimpresión inalterada, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università degli Studi di Camerino, ESI, Nápoles, 1982.
- Perlingieri, Pietro, *Profili del diritto civile*, tercera edición revisada y ampliada, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994.
- Pinto Oliveros, Sheraldine, *El daño a la persona en América Latina: entre circulación de ideas y substratos locales*, en: *La responsabilidad civil*, Biblioteca "Observatorio de Derecho Civil", volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Pinto Oliveros, Sheraldine, *L'esperienza latino-americana del danno alla persona*, en: *La valutazione delle macropersistenti*, al cuidado de Giovanni Comandè y Ranieri Domenici, edizioni ETS, Pisa, 2005.
- Pizzoferrato, Alberto, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, en: *Contratto e Impresa*, año XVIII, Cedam, Padua, 2002.
- Ponzanelli, Giulio, *Il commento a la ordenanza del Juez de Paz de Turín del 30 de noviembre de 2009*, en: *Danno e responsabilità*, n. 04, Ipsoa, Milán, 2012.
- Ponzanelli, Giulio, *Il danno esistenziale prima dell'intervento della Corte di Cassazione del 2003*, en: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de G. Ponzanelli, Cedam, Padua, 2007.
- Ponzanelli, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bolonia, 1992.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino y Feola, Maria, *La responsabilità civile*, G.Giappichelli editore, Turín, 2008.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Il danno ingiusto (dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile). Parte I.- Ingiustizia*,

*patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action"*, en: Rivista Critica del Diritto Privato, año XXI, n. 01, Jovene editore, Nápoles, marzo del 2003.

- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, al cuidado de Pietro Perlingieri, n. 69, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, en: Diritto e giurisprudenza. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile, año CXXIII, n. 04, serie III, Jovene editore, Nápoles, 2008.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, en: La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale, al cuidado de Mauro Bussani, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- Pupo, Carlo Emanuele, *La persona giuridica. Fenomenologia e significato. Dal diritto romano al diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milán, 2015.
- Ramírez Jiménez, Nelson, *Crónica del Tercer Pleno Casatorio*, en: Jurídica, suplemento de análisis legal del diario "El Peruano", año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011.
- Ramos Núñez, Carlos, *La idea de persona en la doctrina peruana de ochocientos*, en: Revista Derecho & Sociedad, número 11, Lima, 1996.
- Ramos, Néstor Alejandro, *La filosofía de Miguel Reale*, Universidad Fasta, Mar del Plata (Argentina), 2011.
- Ranieri, Filippo, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Giuffrè Francisco Lefebvre, Milán, 2020.
- Reale, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, traducción de Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- Rescigno, Pietro, *Danno da procreazione*, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Rescigno, Pietro, *Il diritto all'intimità della vita privata*, en: Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli, tomo IV, Jovane, Nápoles, 1973.
- Rescigno, Pietro, *La circolazione dei modelli giuridici europei nel mondo latinoamericano*, en: *Il diritto dei nuovi mondi*, Padua, Cedam, 1994.

- Rescigno, Pietro, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, en: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966.
- Rescigno, Pietro, *Lecture in tema di persona giuridica e di società*, en: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966.
- Rescigno, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, décima primera edición, segunda reimpresión con apéndice de actualización, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1996.
- Rescigno, Pietro; Resta, Giorgio y Zoppini, Andrea, *Diritto privato. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- Resta, Giorgio, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, en: *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, año XXIII, Giuffrè editore, Milán, 2007.
- Rodotà, Stefano, *El derecho a tener derechos*, traducción de José Manuel Revuelta, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- Rodotà, Stefano, *La "privacy" tra individuo e collettività*, en: *Politica del diritto*, número 5, Jovene editore, Nápoles, 1974.
- Rodotà, Stefano, *La rivoluzione della dignità*, La scuola di Pitagora editrice, Nápoles, 2013.
- Rodríguez Llerena, Darío, *Código Civil*, Chiclayo, 1937.
- Roitman, Horacio, *Francesco Galgano. Su obra jurídica*, La Ley, año LXIX, n° 185, Buenos Aires, jueves 22 de setiembre de 2005.
- Rossetti, Marco, *L'inutilità del danno esistenziale*, en: *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, al cuidado de Giulio Ponzanelli, Cedam, Padua, 2007.
- Rubino, Domenico, *Las asociaciones no reconocidas*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.
- Sacco, Rodolfo y Rossi, Piercarlo, *Introduzione al Diritto Comparato*, séptima edición, Utet Giuridica, Vicenza, 2019.
- Sacco, Rodolfo, *Comparatisti italiani, al lavoro!*, en: *Rivista giuridica dell'Istituto Subalpino per l'analisi e l'insegnamento del diritto delle attività transnazionali (ISAIDAT)*, n. 01, año I, Turín, 2010.
- Sacco, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, reimpresión de la quinta edición, Utet, Turín, 2003.

- Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editorial Normas Legales, Trujillo, 2004.
- Sartre, Jean Paul, *L'esistenzialismo è un umanismo*, al cuidado de M. Schoepflin, Armando Editore, Roma, 2006.
- Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Tomo I, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878.
- Scalfi, Gianguido, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*, Giuffrè Editore, Milán, 1968.
- Scarpelli, Uberto, *La persona nella filosofia giuridica moderna*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2017.
- Schipani, Sandro, *Discurso*, en: *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990.
- Schipani, Sandro, *El "Méthodo didáctico" de Augusto Texeira de Freitas*, en: Id, *La codificación del Derecho romano común*, traducción de José Felix Chamie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- Schipani, Sandro, *El código civil peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación)*, en: *El código civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinamericani (ASSLA), Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986.
- Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción de José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.
- Somma, Alessandro, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè editore, Milán, 2000.

- Somma, Alessandro, *Cittadinanza nella società del diritto privato*, en: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. *Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Somma, Alessandro, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nacionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.
- Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, traducción castellana de Carlos Agurto Gonzales, Sintia Paniora Alca, Paul Abanto Merino, Humberto Campodónico y Franklin Sierra Vásquez, Ara editores, Lima, 2006.
- Somma, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Giuffrè editore, Milán, 2007.
- Somma, Alessandro, *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, en: Rivista Critica del Diritto Privato, año XXII, nº1, Jovene editore, Nápoles, marzo del 2004.
- Somma, Alessandro, *Temi e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, G.Giappichelli editore, Turín, 2003.
- Spinelli, Stefano, *Mobbing*, en: Persona e danno, revista jurídica electrónica dirigida por el prof. Paolo Cendon, en: [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- Taboada Córdova, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, segunda edición, Grijley, Lima, 2003.
- Tamburrino, Giuseppe, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute, comitati*, Utet, Turín, 1980.
- Thobani, Shaira, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Ledizioni, Milán, 2018.
- Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.
- Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, cuadragésima octava edición, al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Cedam-Wolters Kluwer, Vicenza, 2017.
- Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derecho genético. Principios generales*, quinta edición actualizada, ampliada y revisada, Editorial Grijley, Lima, 2013.

- Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derechos de la persona, proyecto de vida y deporte en el pensamiento del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego*, en: “El Peruano”, Lima, enero-febrero de 2007.
- Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- Vega Mere, Yuri, Carlos Fernández Sessarego: *El hombre y su obra. Semblanza en homenaje a un auténtico humanista*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009.
- Vega Mere, Yuri, *La labor de Carlos Fernández Sessarego en el reconocimiento del daño a la persona. Influencias filosóficas y jusfilosóficas*, en: Análisis del código civil a 25 años de su vigencia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Verrucoli, Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law y nella civil law*, Giuffrè editore, Milán, 1964.
- Vettori, Giuseppe, *Diritto dei contratti e “costituzione europea”. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè editore, Milán, 2005.
- Viano, Carlo Augusto, *La filosofia italiana del Novecento*, Il Mulino, Bolonia, 2006.
- Visintini, Giovanna, *La circolazione delle giurisprudenze*, en: *Contratto e impresa*, n. 01, año XXVII, Cedam, Padua, 2011.
- Vittoria, Daniela, *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, en: *Contratto e impresa*, n. 03, año XVIII, Cedam, Padua, 2003.
- Windscheid, Bernhard, *Diritto delle pandette*, traducción al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, volumen primero, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1925.
- Woolcott Oyague, Olenka, *La experiencia peruana en la reparación del daño a la persona. Los dos cambios más profundos en el sistema peruano de responsabilidad civil*, en: *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, coordinado por Carlos Alberto Calderón Puertas, María Elisa Zapata Jaén y Carlos Antonio Agurto Gonzáles, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Zatti, Paolo, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di «persona» nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Cedam, Padua, 1975.

- Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Personalità (Diritti della)*, en: Digesto, IV edición, volumen XIII, sección Derecho Civil, Utet, Turín, 1996.
- Zimmermann, Reinhard, *Roman law and European Culture*, en: New Zealand Law Review, Legal Research Foundation Incorporated, Auckland, 2007.
- Zimmermann, Reinhard, *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford University Press, 2001.
- Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXIX, fascículo 6, Giuffrè editore, Milán, 2004.
- Ziviz, Patrizia y Bilotta, Francesco, *Il nuovo danno esistenziale. Dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli editore, Bologna, 2009.
- Ziviz, Patrizia, *Alla scoperta del danno esistenziale*, en: Contratto e Impresa, año X, núm. 2, Cedam, Padua, 1994.
- Ziviz, Patrizia, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, en: Responsabilità civile e previdenza, año LXVI, fascículos 4-5, Giuffrè editore, Milán, 2001.
- Ziviz, Patrizia, *Il danno non patrimoniale*, en: Il diritto civile nella giurisprudenza, al cuidado de Paolo Cendon: La responsabilità civile, volumen VII, Utet, Turín, 1998.
- Ziviz, Patrizia, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno*, en: Rivista critica del diritto privato, año XVII, n.01-02, Jovene editore, Nápoles, junio de 1999.
- Ziviz, Patrizia, *La valutazione del danno esistenziale*, en: Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali, al cuidado de Paolo Cendon, volumen III, Cedam, Padua, 2001.
- Ziviz, Patrizia, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, en: *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, Giuffrè editore, Milán, 2000.