

PROTECCIÓN PREVENTIVA, UNITARIA E INTEGRAL DE LA PERSONA

A propósito del artículo 17º del Código Civil

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Profesor Emérito
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Profesor Honorario de Derecho Civil
Universidad de Lima
Miembro del Consejo Consultivo de
ADVOCATUS Nueva Época

*A Iuri Vega Mere y Enrique Varsi Rosignoli, quienes
fueron brillantes colaboradores del Centro de
Investigación de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lima (1991-1996)*

SUMARIO

1. El derecho de las personas en una época de transición 2. Alcances actuales de la protección jurídica de la persona 3. Protección de la persona en el Código civil de 1984 4. Presencia protagónica del pensamiento académico en la revisión del artículo 17º del Código civil de 1984 5. El proyecto de artículo 17º aprobado por la Sub Comisión de Reforma del Código Civil 6. El nuevo texto del artículo 17º aprobado por la Comisión de Reforma del Código Civil en noviembre de 1997 7. Protección de la persona en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 8. Opinión de los comentaristas sobre los alcances innovadores de las normas de protección de la persona en el Código civil de 1984 9. Las palabras del maestro: un compromiso con el futuro

I. EL DERECHO DE LAS PERSONAS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIÓN

A la altura del momento histórico que vivimos, en los umbrales del siglo XXI, podemos aseverar que el ordenamiento jurídico positivo peruano cuenta con las normas constitucionales y civiles que aseguran una protección unitaria, integral y preventiva de la persona. No hay, por lo tanto, excusa alguna para que los jueces dejen de cumplir con el primer de sus deberes

que es el de tutelar al ser humano en cuantas ocasiones se encuentre frente a una inminente y verosímil amenaza de sufrir un daño, o a la ulterior protección integral y unitaria en su calidad de víctima de dicho daño una vez que se haya consumado.

Lamentablemente, a pesar de contar el Perú con las pertinentes normas protectoras del ser humano, somos espectadores cotidianos de la violación de los derechos fundamentales de la persona, tanto

en nuestro país como en algunos otros lugares del mundo¹. A pesar de contar con las normas legales protectoras más amplias y adecuadas, el ser humano se encuentra en la actualidad desprotegido por la incapacidad, la inercia, la complicidad, la impotencia, o la ignorancia de las autoridades que aplican las leyes o deben hacerlas cumplir. Es decir, por alguna o algunas de dichas penosas circunstancias. Ello es imperdonable en un país que se precia de ser civilizado y respetuoso del Estado de Derecho.

La humanidad, la comunidad internacional representada y organizada en las Naciones Unidas, que contempla con estupor y rechaza con lógica y justificada indignación los actos atentatorios contra la dignidad humana, tiene cada día una mayor presencia en aquellas zonas del planeta donde se atenta sistemáticamente contra tales derechos. El principio de soberanía va adquiriendo, dentro de esta nueva situación, una connotación diferente a la tradicional cuando está en juego la protección del ser humano. Podríamos decir que es la especie humana misma la que reacciona frente a tales atentados. Es decir, la humanidad como sujeto de derecho.

Al elenco de los organismos internacionales de a las entidades privadas encargadas de vigilar y, en su caso, sancionar la violación de los derechos fundamentales del ser humano se deberá agregar, probablemente en un próximo futuro, un tribunal que estaría premunido de la facultad de investigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad como es el caso de los genocidios. Así lo hace presumir la existencia de un proyecto sobre el particular, el mismo que, según lo anunciado, deberá discutirse en un próximo Congreso a reunirse en la ciudad de Roma.

El codificador de 1984 fue consciente que siendo el ser humano una unidad psicosomática sustentada en su libertad ontológica, merecía una protección unitaria, integral y preventiva. Es decir, que al superarse el estrecho y limitado criterio de que se protegían tan sólo aquellos aspectos de la persona expresamente regulados por la normatividad vigente, se hacía necesaria una protección integral del ser humano, sin dejar de lado ningún interés existencial o derecho natural que derivasen de su propia dignidad, aún en los casos en los cuales la legislación no contase con normas

expresas de protección de alguno o algunos de dichos intereses existenciales.

Los codificadores de 1936, tal vez por la influencia de la concepción eminentemente patrimonialista imperante en la época en que se gestó este cuerpo legal, no tuvieron clara conciencia de la importancia que para el derecho tiene la protección preventiva, unitaria e integral de su sujeto: el ser humano. Debemos reconocer que en aquellos tiempos no se habían difundido los hallazgos de la filosofía de la existencia que servirían de fundamento para la redacción y puesta en vigor, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este documento, con el que se inicia una nueva era en lo que se refiere al desarrollo de los derechos de la persona, gravita decisivamente en la elaboración de algunas de las Constituciones y Códigos civiles que se promulgaron a partir de aquel año. Los codificadores de 1984, a diferencia de sus predecesores de 1936, estaban instalados en otra época histórica por lo que respondían a otros principios rectores de la codificación. Se hallaban, en efecto, en un momento histórico en el que se exaltaba al ser humano, a la persona, como el centro y el eje del derecho, como el privilegiado ente a proteger mediante una adecuada normatividad inspirada en principios personalistas. Hubiera sido imperdonable, por lo tanto, si los codificadores de 1984 hubieran carecido de la debida sensibilidad y clarividencia para recoger el mensaje de los tiempos. Tiempo nuevo, sin duda, signado por un humanismo que recién se hacía enteramente perceptible para la inmensa mayoría de los juristas de la primera mitad del siglo XX sumergidos todavía dentro de una visión cerradamente individualista-patrimonialista del derecho.

Baste recordar que, como lo comprobó el civilista chileno Fernando Fueyo Laneri, tal vez el más completo y brillante civilista de su país en el siglo que agoniza, "las disposiciones legales que intentaban infructuosamente regular el Derecho de las Personas en el Código civil derogado, y que había regido en el Perú desde el 30 de agosto de 1936, aparecen no sólo como insuficientes y obsoletas, sino francamente más bien como magras e ingenuas"². Esta es la opinión de un prestigioso jurista sobre el Libro del Derecho de las Personas del Código civil de 1936. En este Código no se

¹ Algunos aspectos de la materia referida a la protección de los derechos de la persona han sido tratados en nuestro libro "Protección jurídica de la persona", Universidad de Lima, Lima, 1990.

² Fueyo Laneri, Fernando, "Sobre el derecho de la persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú", en "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Editorial Guano, Lima, 1996, pág. 174. Este trabajo constituyó la ponencia del autor presentada al Congreso Internacional, del mismo nombre, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima entre el 9 y el 11 de agosto de 1985. El volumen ofrece interesantes análisis de destacados juristas de prestigio internacional sobre el Código civil peruano de 1984 el año siguiente de su entrada en vigencia.

proteger los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la identidad, la integridad psicosomática, el honor, la intimidad, la voz y otros análogos. Apenas se regula la capacidad, el nombre y el domicilio.

La comparación entre el casi nulo tratamiento de los derechos de la persona en el Código civil de 1936 y el rico planteamiento ofrecido por el Código civil de 1984 lleva a decir a Fuyo Laneri que este último Código "ha considerado de modo excepcional el derecho de las personas, tendiendo a polarizar el contenido e importancia de un Código civil en torno a tan substancial materia". De ahí que sentencie al respecto que "el cambio experimentado ha de estimarse notable y servirá de magnífico precedente para futuras reformas legislativas en otras naciones"³. El vaticinio de Fuyo Laneri se ha cumplido desde que en la actual reforma del Código civil argentino se cita entre los códigos civiles latinoamericanos que han servido como fuente o modelo, aparte de los notables Códigos civiles como el francés actualizado, el italiano, el reciente Quebec, tan sólo "al moderno Código civil peruano".

Por lo demás, es del caso recordar que en el Congreso Internacional sobre "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", reunido en Lima entre el 9 y el 11 de agosto de 1985, se aprobó por unanimidad una moción por la cual se acordó intentar un anteproyecto de Libro sobre el Derecho de las Personas que pudiera proponerse a los Estados de América Latina como nueva legislación para su eventual incorporación al Código civil respectivo. Para lograr este propósito se aprobó "iniciar los estudios teniendo a la vista el Libro Primero del Código civil peruano, cuya bondad técnica se ha ponderado en este Congreso por sus participantes"⁴. El acuerdo se viabilizó en 1987 mediante un Congreso Internacional denominado "La persona en el sistema jurídico latinoamericano" en el que se trataron los temas materia del acuerdo precedente de 1985, antes referido. El Congreso fue organizado por la Universidad Externado de Colombia. Las ponencias presentadas a dicho certamen internacional se publicaron en el volumen "La persona en el sistema jurídico latinoamericano"⁵.

El vuelco experimentado en el tratamiento del derecho de las personas, si se compara el contenido

de los códigos civiles de 1936 y de 1984, es notable. Se abandona una época donde predomina una concepción individualista y patrimonialista para ingresar a otra signada por el humanismo. Es decir, se deja atrás una visión del derecho en la cual la preocupación central era la protección de la propiedad por otra donde el centro y eje del derecho es el ser humano, la persona. No obstante no puede aseverarse que cambio se ha consumado por completo. Todavía existen numerosos juristas que no han ingresado a una nueva era e instituciones jurídicas que no han sido actualizadas. Por ello sugerimos que nos hallamos en una época de transición cuyo inicio se encuentra en el medular pensamiento de la filosofía de la existencia, que florece en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del presente siglo, y se concreta a en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

2. ALCANCES ACTUALES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA

En época reciente, el legislador ha cuidado que en las normas vinculadas con la protección de la persona se prescriba una tutela preventiva frente a una inminente y fundada amenaza a la persona de sufrir cualquier daño. La función preventiva del derecho adquiere, de este modo, singular importancia en nuestros días. En la legislación peruana se ha incorporado dentro de las normas protectoras de la persona este específico aspecto, otorgándole al juzgador los elementos necesarios para poder cumplir, en la práctica, con esta función tutelar de carácter preventivo.

De otro lado, constituyendo el ser humano una inescindible unidad psicosomática, sustentada en la libertad, el derecho debe asumirlo y tutelararlo de acuerdo a esta ontológica estructura. Por ello, todas las normas tutelares de la persona tienen un único fundamento, que es la propia dignidad del ser humano. Todas ellas tienen un único centro de referencia que es el "yo". Todos los derechos tienen como sustento primario y final la dignidad del ser humano. Se ha superado, así, la teoría por la cual a cada derecho de la persona se le reconocía un pro-

³ Fuyo Laneri, Fernando, "Sobre el derecho de la persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú" en "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", cit., pág. 173.

⁴ Ver el texto completo de la moción en el volumen "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", cit., pág. 35.

⁵ El volumen que recoge las ponencias, publicado años después, se titula "La persona en el sistema jurídico latinoamericano", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. En este certamen estuvieron presentes, entre otros, Pietro Perlingieri, Cesare Mirabelli, Sandro Schipani, Arturo Valencia Zea, Fernando Fuyo Laneri, Fernando Hinestrosa, Carlos Fernández Sesarego, Franco Montoro, Víctor Páez Vargas, José María Castán Vázquez, Gustavo Ordoqui, Silmara J.A. Chinelato e Almeida.

pio fundamento, por lo que gozaba de total autonomía, a imagen y semejanza de los derechos patrimoniales. En la actualidad se considera, de acuerdo al principio de unidad del ser humano, que todos los derechos de la persona están esencialmente vinculados y, como está dicho, reconocen un único fundamento que es el propio "yo".

De acuerdo a lo expresado, los derechos de la persona, que protegen diversos aspectos de la rica y compleja estructura humana, carecen de autonomía en cuanto a su fundamento. El desarrollo independiente de cada uno de ellos, su elaboración teórica, no atenta contra esta unidad de fundamento. No existe, por lo tanto, contradicción alguna entre cada uno de estos derechos de la persona y el tener todos ellos una esencial vinculación en razón de la inescindible unidad de la estructura del ser humano. El que existan diversos derechos subjetivos que tutelan diferentes aspectos de aquella unidad psicosomática no significa, por consiguiente, que la normatividad jurídica, en materia de protección a la persona, reconozca compartimentos estancos, autofundados. Todos los derechos de la persona están, como está dicho, esencialmente vinculados en su raíz.

La unitaria consistencia ontológica del ser humano exige una protección integral del mismo. No se pueden proteger, únicamente, aquellos aspectos expresamente consagrados en la normatividad jurídica vigente, sino cualquier otro derecho natural o interés existencial no recogido puntualmente por el ordenamiento jurídico positivo siempre que se sustente en su propia dignidad.

Los derechos de la persona no representan un número cerrado. Por lo contrario, su gestación normativa es histórica, va apareciendo en el tiempo conforme se "descubren" en el ser humano inéditos aspectos inherentes a su dignidad que merecen protección jurídica a través de derechos subjetivos perfectos. Por todo lo hasta aquí expuesto, podemos reafirmar que dentro de una visión contemporánea del derecho es éste el parámetro a seguir en lo que concierne a la protección jurídica de la persona.

3. PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

En el Proyecto de Código civil de 1984, redactado en gran parte antes que se elaborara la Constitución peruana de 1979, se había ya incluido, en su artículo 5°, la protección no sólo de los derechos subjetivos a la vida, la libertad, la integridad psicosomática y el honor, expresamente mencionados por esta norma, sino que la tutela se hacía extensiva a "los demás inherentes a la persona humana". Se establecía, de este modo, una cláusula general y abierta de protección de los intereses existenciales o derechos naturales que aún no habían sido expresamente formulados como derechos subjetivos recogidos mediante una determinada norma jurídica. Los derechos "inherentes a la naturaleza humana", es decir, los que sustentan en su propia dignidad, se deban proteger en cualquier tiempo y lugar, con o sin normas específicas que los protejan. Los vacíos legislativos están normativamente cubiertos, como está dicho, por las cláusulas generales y abiertas, las que también se denominan "en blanco", desde que están a disposición de los jueces para ser aplicadas en los casos de ausencia de norma expresa. En nuestro ordenamiento jurídico positivo contamos con la disposición del artículo 3° de la Constitución de 1993⁶, que no es otra cosa que una norma general y abierta de protección, amplia y sin límites, de la persona.

El profesor y tratadista italiano Francesco D. Busnelli, al referirse al artículo 5° del Código civil de 1984 pone de relieve que en este numeral se contiene un "elenco abierto" de derechos en "verdad apropiados porque un Código está destinado a durar en el tiempo -lo dice, por otra parte, expresamente el redactor Fernández Sessarego- por lo que no es imaginable que se pueda correr tras los nuevos derechos de la personalidad a medida que ellos se presentan en la dinámica social"⁷.

El artículo 17° del Código civil vigente contiene la norma que regula, precisamente, la protección preventiva, unitaria e integral de la persona. Es por ello una norma de singular importancia en el contexto del Código civil de 1984. A ella se le dedicó preferente atención por el ponente del Libro Primero de nuestro Có-

⁶ El artículo 3° del Código civil de 1984 tiene el siguiente texto: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son inrenunciables y no pueden sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6°". En el artículo 6° se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo, como atentatorios del derecho a haber a la integridad física, salvo los casos que obedecen a razones de orden médico-quirúrgico o por impulse humanitario, como sería el caso de los trasplantes de órganos y tejidos.

⁷ Busnelli, Francesco D., "La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código civil argentino de Vélez y el nuevo Código civil peruano" en "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, pág. 50.

digo civil. Sin embargo, su aprobación por la Comisión Revisora⁸ fue accidentada y difícil, probablemente por la temporal ausencia de una percepción clara del mensaje humanista contenido en el proyectado numeral. Ello podría explicarse, tal vez, tanto por la concepción patrimonialista, aún dominante por aquella época en nuestro medio, como por la falta de información existente en el Perú de aquel entonces sobre los parámetros, los criterios y las técnicas relativos a la protección de la persona elaborados por la doctrina de vanguardia.

Es oportuno transcribir, para una mejor comprensión de lo tratado, el texto íntegro del proyecto de artículo 17° formulado por el ponente del Libro Primero de nuestro Código civil, oportunamente puesto en conocimiento de la Comisión Revisora mediante memorándum del ponente del Libro Primero de fecha 3 de octubre de 1983, a fin de poder comentarlo y compararlo tanto con el texto actual y con el que, en el momento que esto se escribe, ha sido aprobado por la Comisión⁹ que está elaborando una ley de enmiendas al Código civil de 1984. Se podrá apreciar, a través de la comparación de estos tres textos, el proceso de evolución de la materia concerniente a la protección preventiva, unitaria e integral de la persona. El texto del artículo 17° propuesto por el ponente en referencia, es el siguiente:

"Artículo 17.- En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

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

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuere el caso"¹⁰.

El texto anteriormente transcrito fue inexplicablemente recortado por la Comisión Revisora atentando, de este modo, contra su unidad y riqueza conceptual. De su comparación con el texto del vigente artículo 17° se advertirá que el texto propuesto a consideración de la Comisión Revisora era más rico y más completo que el numeral vigente.

Para facilitar dicha comparación reproducimos el texto del artículo 17° actualmente vigente:

"Artículo 17°.- "La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria"

Se puede percibir que el artículo propuesto por el ponente del Libro Primero del Código civil contenía tres párrafos, cada uno de los cuales alojaba una cuestión significativa en lo tocante a la protección de la persona. El artículo vigente reduce dichos tres párrafos a solamente uno, descartando por esta operación reductiva los conceptos contenidos en los párrafos suprimidos. Por su parte, la Comisión Revisora agrega un tercer párrafo no contemplado en la propuesta original del ponente, el mismo que resulta incomprensible para cualquier intérprete, salvo para quien conoce la historia interna de su tormentosa y agitada elaboración en el seno de la Comisión Revisora, que no es del caso divulgar.

Como lo hemos expresado en otro trabajo¹¹, el artículo 17°, tal como fue propuesto por el ponente del Libro Primero en octubre de 1983, fue concebido

⁸ Para los no informados, cabe señalar que el proceso de elaboración del Código civil de 1984 comprendió un periodo que se inicia un 1° de marzo de 1985, en que se dicta el Decreto Supremo N° 95, y el 24 de julio de 1984, día de su promulgación. Entre 1965 y 1981 funcionó la Comisión Reformadora del Código Civil de 1938, designada en el mencionado Decreto Supremo, y desde este año hasta la promulgación del Código, el Proyecto preparado por la Comisión Reformadora fue revisado por una Comisión Revisora. Esta última introdujo algunas modificaciones al citado Proyecto. El ponente del Libro Primero, dedicado al Derecho de las Personas, fue el que esto escribe.

⁹ La Comisión que está procediendo a elaborar una ley de enmiendas al Código Civil fue creada por ley N° 25394 el 10 de noviembre de 1984, la misma que fue modificada por ley N° 26473 del 14 de octubre de 1986. La Comisión actualmente en funciones está integrada por los profesores Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Grande, Carlos Fernández Sessarego, Augusto Ferrero Coeta, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Fernando Vidal Ramírez y, por renuncia del doctor Max Arias Schreiber Pazat, por el doctor Guillermo Velozhaga Miranda. Integran también la Comisión los congresistas doctores Jorge Muñoz Zúñiga, que la preside, Jorge Avendaño Valdez, Lourdes Flores Nano, Martha Chávez y Oscar Medallus.

¹⁰ El texto está transcrito en el volumen "Código Civil. I. Antecedentes legislativos. Comparación con el Código de 1938", preparado por la doctora Daña Revoredo, editado en 1985. Ver página 25.

¹¹ Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil peruano", séptima edición, 1988, pág. 81 y sgts.

como un instrumento que permitiese al juez, con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y prevenir cualquier daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona, es decir, a detener cualquier amenaza. Su texto ha sido rescatado por la Comisión que en la actualidad elabora una ley de enmiendas al Código civil de 1984, a la que se ha hecho referencia.

Como se puede apreciar de la transcripción efectuada del texto del artículo 17º preparado por el ponente del Libro Primero, en el primer párrafo del proyecto se facultaba a la víctima de un daño a la persona, de cualquier naturaleza e intensidad, a accionar para obtener la más amplia protección de las consecuencias o perjuicios derivados del daño. Se concedía al juez la facultad de utilizar todos los medios legales a su alcance para que, sin limitaciones de ninguna clase, procediese a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado. En este primer párrafo se prescribía, de la manera más amplia y genérica posible, evitar y sancionar cualquier daño a la persona.

En el segundo párrafo del proyectado artículo 17º se establecía la acción inhibitoria, por la cual se puede iniciar un proceso o solicitar una medida cautelar ya sea para evitar el desencadenamiento de un daño potencialmente susceptible de causar consecuencias perjudiciales, es decir, de una amenaza, o, si el daño es continuado, para hacerlo cesar. Para lograr este último efecto el juez debe ordenar la inmediata paralización de la actividad generadora del daño. Con la finalidad de ordenar la cesación de un acto potencialmente susceptible de causar un daño, se considera que el evento debe estar verosimilmente acreditado. Debe ser, además, inminente y razonablemente capaz de ocasionar a la persona perjuicios de cualquier índole. En la segunda hipótesis, el daño debe ser actual.

En el tercer párrafo se establecía una prescripción del todo novedosa a nivel de la legislación comparada y que era de singular importancia en lo que concierne a la indemnización integral del daño. Nos referimos al deber que se impone al juez de considerar, en forma autónoma e independiente, las consecuencias extrapatrimoniales, o no patrimoniales, de las consecuencias de carácter estrictamente patrimonial generadas por el daño a la persona.

En el tercer párrafo se añadía, además, asistemática e innecesariamente, una particular referencia al daño moral, en cuanto éste, como daño psíquico de carác-

ter emocional, está de suyo incluido dentro del genérico concepto de daño a la persona. Esta inclusión no fue posible evitarla en el momento en que se formuló la propuesta del artículo 17º ya que se sabía por el ponente que la institución del daño a la persona no había sido aceptada en precedencia a nivel de la Comisión Revisora.

En los párrafos anteriores hemos sintetizado los términos de la propuesta presentada por el ponente del Libro Primero del Código civil a la Comisión Revisora mediante el citado memorándum fechado el 3 de octubre de 1983, por lo que corresponde, a continuación, analizar críticamente los alcances del vigente artículo 17º aprobado por la Comisión Revisora. Ello nos permitirá apreciar tanto cuáles fueron los inexplicables recortes sufridos por el texto proyectado como, a través de un balance final, tomar nota de lo que realmente quedó de la referida propuesta.

En el primer párrafo del artículo 17º vigente, antes transcrito, se hace textualmente expresa referencia a la "violación de los derechos de la persona a que se refiere **este título**". Inexplicablemente, en este primer párrafo del artículo 17º aprobado por la Comisión Revisora, contrariando la doctrina más avanzada y el propio texto del artículo 4º de la Constitución de 1979, se limitó la posibilidad de ejercer la acción inhibitoria a sólo los casos referidos a los derechos de las personas naturales regulados únicamente en el título pertinente¹² del Código, excluyendo los demás derechos de la persona recogidos por la Constitución así como a aquellos otros de carácter natural. Es decir, la Comisión Revisora admitió, al proceder de este modo, la desechada tesis de imponer un número cerrado de derechos en materia de derechos de la persona, lo que es hoy doctrinariamente inconcebible. En los tiempos que corren la doctrina y la jurisprudencia comparada persiguen, precisamente, no limitar dicha tutela a un determinado número de derechos establecidos en el ordenamiento jurídico positivo.

Contrariamente a la posición que asumió la Comisión Revisora, y que quedó consagrada en el artículo 17º del Código civil vigente, la actual doctrina y la jurisprudencia comparada tienen como objetivo, tal como se ha señalado, la tutela integral del ser humano. Por ello, la protección del derecho se extiende no sólo a las hipótesis expresamente tipificadas en un determinado título del Código civil, sino a todos los demás casos previstos en el ordenamiento jurídico o a aquellos otros en que están en juego intereses existencia-

¹² Se refiere al Título I de la Sección Primera del Libro Primero del Código civil dedicado al "Derecho de las personas".

les o derechos naturales, los mismos que no es posible desconocer en tanto, por tener como fundamento la propia dignidad del ser humano, merecen la más amplia protección jurídica.

Es así que, al adoptarse por la Comisión Revisora una fórmula absurdamente restrictiva, se ponía de lado otros derechos subjetivos referentes a la persona, no incluidos expresamente en dicho título del Código civil, no obstante hallarse ellos regulados a nivel constitucional. De otro lado, y esto es muy grave, se excluyen de la debida y necesaria protección jurídica todos los intereses existenciales o derechos naturales que, sin estar tutelados a través de un expreso derecho subjetivo, son dignos de protección jurídica en tanto derivan, precisamente y como está dicho, de la dignidad del ser humano. Así lo estableció el artículo 4° de la Constitución de 1979 —vigente en la época en que se promulgó el Código civil— y lo reitera, como no podía ser de otra manera, el artículo 3° de la actual Constitución de 1993.

La Constitución de 1979, como lo hemos expresado en otras oportunidades y lugares, incluyó en su artículo 4° una paradigmática cláusula general o abierta de protección integral de la persona. Este numeral se refería no sólo a la tutela de los derechos fundamentales de la persona expresamente establecidos en su texto, sino que también dicha tutela se hacía extensiva a cualquier otro derecho contemplado en una específica disposición del ordenamiento jurídico nacional. Pero, lo que es más importante, en el mencionado artículo 4° se ampliaba la tutela a cualquier otro interés existencial o derecho natural, aun en el caso que no se encontrase explícitamente protegido por un derecho subjetivo recogido en dicho ordenamiento jurídico. Es así que, al mismo tiempo que permitía utilizar la analogía, prescribía, con la mayor amplitud que pueda darse en estas situaciones, que la protección del ser humano comprendía, como está dicho, no sólo los derechos subjetivos incorporados a los textos legales sino todos los intereses existenciales que se derivan de su propia dignidad.

La vigente Constitución peruana de 1993 repite textualmente, en su artículo 3°, el texto del artículo 4° de la precedente Constitución. Se mantiene así el principio de la más amplia tutela integral y unitaria del ser humano. A través de estas cláusulas generales o abiertas, los constituyentes del 79 y del 93, en sintonía con la doctrina de inspiración personalista, remarcan que la protección de la persona no puede sufrir limitación alguna, por lo que, en materia del derecho de las personas, se excluye el número cerrado, o número clausus de derechos.

De lo expuesto en los párrafos precedentes se concluye que el texto del artículo 17° del Código civil vigente desconoce la amplitud y los alcances con los que los artículos 4° y 295° de la Constitución de 1979 protegían a la persona. Protección que, como se ha anotado, se mantiene, por lo demás, dentro de la vigente Constitución de 1993. Ello hace impostergable la adecuación del artículo 17° al texto constitucional vigente. Es pues urgente modificar dicho numeral para que guarde perfecta concordancia con la doctrina imperante y, sobre todo, con la Constitución.

De otro lado, también inexplicablemente, la Comisión Revisora eliminó de la propuesta en referencia, la posibilidad de accionar judicialmente en los casos de actividades que, razonable y verosíblemente, sean susceptibles de causar un daño. Es decir, se impedía el poder iniciar una demanda frente a una amenaza inminente de sufrir un daño a la persona. Se cercenó así la dimensión preventiva inherente a la acción protectora del ser humano. El actual artículo 17°, en efecto, limita la acción inhibitoria a los casos en que, como textualmente se prescribe, es posible "exigir la cesación de los actos lesivos". Es decir, que debe haberse producido un daño para estar facultado a iniciar un proceso judicial. La acción inhibitoria frente a una amenaza quedó de lado.

No encontramos razón jurídica valedera para la supresión de la acción inhibitoria frente a una amenaza de sufrir un daño. Esta cercenación es contraria, cabe reiterarlo, al principio que sustenta la protección preventiva que merece la persona frente a un probable daño. Acción que, por lo demás y con el nombre de acción de amparo, está prevista en la Constitución.

Otra omisión en que incurrió la Comisión Revisora al formular el texto definitivo del artículo 17° fue la de haber suprimido aquella parte de la propuesta en la que concedía a la víctima del daño el exigir su reparación. Este genérico derecho es una de las consecuencias que desencadena el haber sido víctima de un daño. Esta omisión es más incomprensible si se tiene en cuenta que en otros artículos del Código civil, como es el caso de los artículos 26° y 28°, frente a casos concretos, se otorga a la víctima la facultad de reclamar por el daño sufrido. En efecto, en el artículo 26° se considera el caso de contestación del nombre y, en el artículo 28°, se aloja el hecho de la usurpación del mismo.

Otra saltante cuanto inexplicable omisión que se percibe en el texto del vigente artículo 17° es el no haber recogido la propuesta del proyectado numeral cuando se prescribía que el juez, "de producirse un daño a la persona, fijó la indemnización que correspondía con-

siderando independientemente las consecuencias patrimoniales de los extrapatrimoniales". Con esta propuesta se planteaba la necesidad de que el juez tuviera siempre presente que el genérico daño a la persona puede ocasionar no sólo consecuencias patrimoniales sino también, y esto es de suma importancia, consecuencias no patrimoniales, es decir, aquéllas que no se pueden mensurar en dinero, por lo que la reparación que se fije tendrá tan sólo un propósito satisfactivo.

El mandato dirigido al juez para que fijase de modo independiente la indemnización por los dos tipos de consecuencias que genera el daño a la persona, guarda consonancia con la más avanzada doctrina de protección al ser humano y es acogida por la jurisprudencia comparada. En efecto, cuando se causa un daño a la persona se pueden presentar varias consecuencias derivadas del mismo. A través de un emblemático ejemplo precisaremos los alcances de esta propuesta¹³.

El caso que proponemos es el de un connotado cirujano, de honda vocación y reconocida competencia profesional, que sufre un accidente de tránsito al ser su vehículo destrozado como resultado de ser chocado por otro automotor. De este evento se derivan diversos perjuicios como resultado del daño a la persona del mencionado cirujano. Como consecuencia del referido daño, el cirujano pierde la mano derecha y sufre múltiples heridas y contusiones que exigen su hospitalización por un relativamente prolongado tiempo.

El juez, frente al caso antes referido, deberá fijar la indemnización a pagar por el agente del daño, teniendo en cuenta tanto las consecuencias de carácter patrimonial, fáciles de probar documentadamente, como aquellas de orden extrapatrimonial. Entre las primeras cabe señalar el daño emergente y el lucro cesante. Es sabido que en las consecuencias derivadas del daño emergente ingresan todos los gastos de hospitalización, los honorarios médicos, los exámenes de laboratorio, radiografías, adquisición de medicinas y otros desembolsos afines. En lo relativo al lucro cesante se deberá tener en cuenta lo que el profesional ha dejado de percibir como honorarios durante el tiempo de

inactividad a que ha estado sometido por efecto del daño padecido.

En lo que concierne a las consecuencias de orden no patrimonial, es decir, de aquellas que no pueden traducirse de modo inmediato y directo en dinero, el juez deberá tener en cuenta, en rubro aparte al de los daños materiales antes referidos, los daños psicosomáticos sufridos por la víctima. Entre ellos, apreciará las específicas consecuencias del daño biológico, entendido como aquel ocasionado a la unidad psicosomática en que consiste el ser humano. Por ello, el daño psicosomático puede incidir preponderantemente en el cuerpo (soma) o preponderantemente en la psique. En ambas hipótesis, por consistir el ser humano en una unidad psicosomática inescindible, todo daño somático repercute, en alguna medida en la psique, y todo daño psicológico, de algún modo, se refleja en el soma. Así, en el caso propuesto el juez, con la asistencia pericial a que haya lugar, considerará el valor de la mano, considerada en sí misma, que ha perdido el cirujano. ¿O es que la mano del cirujano no vale nada y, en cambio, si tiene un valor indemnizable las partes del auto que conducía el cirujano que han sido dañadas?

Son daños biológicos de índole somática las heridas, fracturas, pérdida de miembros o partes del cuerpo, lesión a los órganos o a las funciones fisiológicas propias del ser humano. En síntesis, el daño biológico es la lesión, considerada en sí misma, tanto somática como psíquica, estimada independientemente de los efectos que pudiera producir sobre la salud de la persona.

Para el efecto de valorar las consecuencias de orden somático, el juez deberá valerse de baremos o tablas de infortunios, si existiesen, los que utilizará a título referencial para fijar la indemnización a que haya lugar por el daño biológico experimentado por la víctima. El juez tendrá también presente la jurisprudencia producida, si la hubiere. Si en el país donde se ocasiona el daño se carecen de estas dos válidas referencias, el juez tendrá en cuenta para fijar una adecuada indemnización la magnitud del daño, las circunstancias del caso, la situación socioeconómica del país y la del agente del daño, entre otros factores. El juez deberá

¹³ Sobre el daño a la persona puede verse del autor de este trabajo los siguientes ensayos: "El daño a la persona en el Código civil de 1964" en "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 281 y sgts.; "Reparación del daño a la persona" en "Protección jurídica de la persona", capítulo IV, Universidad de Lima, Lima, 1992, pág. 151 y sgts.; "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona" en "Cuadernos de Derecho", N° 3, Universidad de Lima, 1993, pág. 28 y sgts.; "Protección a la persona humana" en el libro "Daño y protección a la persona humana", Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 21 y sgts.; "Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico" en "Themis", Revista de Derecho, N° 32, Universidad Católica, Lima, 1995, pág. 161 y sgts.; "Precisiones preliminares sobre el daño a la persona" en "Themis", Revista de Derecho, N° 34, 1996, pág. 177 y sgts.; "Daño a la identidad personal" en "Themis", Revista de Derecho, N° 36, 1997, pág. 245 y sgts. y "Daño al proyecto de vida" en "Derecho PUC", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima, N° 80, diciembre de 1996, publicada en 1996, pág. 49 y sgts.

tener conciencia que la protección del ser humano es prioritaria frente a aquella dispensada a los bienes instrumentales. Además, debe estar preparado para asumir estas nuevas situaciones y tener la adecuada preparación profesional y la necesaria sensibilidad para afrontar los casos de daño a la persona.

En el daño biológico, aparte de las consecuencias de carácter estrictamente somático a las que nos hemos referido en el párrafo anterior, el juez no podrá dejar de apreciar, si existiese, el daño psíquico y sus consecuencias. Dentro de esta categoría de daños está aquel de carácter emocional, como es el conocido con la tradicional denominación de daño "moral" -que no es otra cosa que un daño jurídico -que es sinónimo de dolor o sufrimiento (*pretium doloris*).

Aparte de esta consecuencia de orden emocional, pueden presentarse otras consecuencias psicológicas de carácter patológico de mayor gravedad. Es el caso de las diversas psicopatías que pueden afectar a una persona. Es decir, de enfermedades de orden preponderantemente psicológico¹⁴.

Dentro del daño psicosomático debe considerarse, al lado del daño biológico, o sea de la lesión en sí misma, el daño a la salud. Se entiende por salud el bienestar integral de la persona. El daño biológico, o lesión sufrida por la unidad psicosomática en que consiste el ser humano, repercute generalmente, en diversa intensidad y medida, en la salud de la persona. Una lesión ocasionada a la víctima no sólo produce dolor (daño "moral") sino que puede acarrear un déficit en el disfrute y goce de la vida, un estado de depresión, alguna psicopatía, una pérdida de chances y oportunidades, un resquebrajamiento del optimismo, una disminución de la alegría de vivir, entre otras múltiples consecuencias.

En lo que concierne al cirujano del ejemplo propuesto, el juez tendrá que valorar, en primer término, el daño biológico, es decir, la lesión en sí misma, que en este caso es, fundamentalmente, la pérdida de la mano derecha. El juez, al efecto de valorar y liquidar el daño biológico en referencia tendrá que formular varias preguntas. Así, entre otras, ¿cuánto vale la mano de un ser

humano? y, si éste es un cirujano, ¿vale algo más que la mano de una persona que para cumplir su proyecto de vida no le es indispensable y esencial disponer de ella?. Para absolver esta interrogante, y tal como lo hemos manifestado en precedencia, el juez consultará, a título referencial, los baremos o tablas de infortunios, en los que se fija el valor de una mano, así como a la jurisprudencia producida sobre el particular. Finalmente, a falta de estos criterios, deberá apreciar las circunstancias del caso y los diversos factores a los que nos hemos referido anteriormente para fijar una indemnización equitativa por el daño biológico. Al lado del daño biológico de carácter somático, el juez, valiéndose de las pertinentes pericias, determinará si se ha producido un daño psíquico y, si fuere el caso, procederá también a valorarlo para el efecto de determinar, también en esta hipótesis, una reparación equitativa.

Luego de valorar y liquidar el daño biológico, en toda su extensión y magnitud, el juez deberá precisar las repercusiones o consecuencias que dicho daño ha producido sobre la salud de la víctima, entendida ésta dentro de los alcances determinados en precedencia. Dado que es imposible traducir en dinero, de modo inmediato y directo, las diversas consecuencias del daño a la salud, ellas tendrán que ser equitativamente valoradas por el juez atendiendo, también, a las circunstancias del caso. El juez deberá tener en consideración las calidades personales de la víctima, su modo de vida, su ocupación, sus hobbies y demás rasgos de su personalidad. Al igual que lo que ocurre con las consecuencias del daño biológico, la indemnización que fije el juez tiene un carácter satisfactivo. Es decir, que el dinero que se entrega a la víctima no compensa las consecuencias del daño sufrido, pero le permite obtener ciertas satisfacciones, de conformidad con sus gustos y sus planes¹⁵.

Al lado del daño psicosomático, que se presenta bajo sus modalidades de daño biológico y daño a la salud, el juzgador deberá también considerar el daño que compromete el ejercicio de la libertad del sujeto, que la condiciona de manera elocuente y decisiva. Nos referimos a lo que hemos dado en llamar "daño al proyecto de vida". Entendemos por proyecto de vida aquel que todo ser humano realiza en el curso de su vida en tanto ser libre y temporal. Cada persona, apoyándose

¹⁴ Sobre los alcances del daño psíquico puede verse: Fernández Sessarego, Carlos, "Daño psíquico", en "SCRIBAS". Revista de Derecho, Año II, N.º 3, editada por el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial de Arequipa, con el auspicio de la Universidad Nacional al de San Agustín, Arequipa, 1998, pág. 111 y sgts.

¹⁵ En alguna oportunidad, tratándose del daño a la persona, hemos propuesto que la indemnización que le corresponde puede distinguirse en el resarcimiento de los daños materiales y la reparación de aquellos otros que no generan consecuencias apreciables en dinero. Así, proponíamos reservar el término "resarcimiento" para la indemnización de los daños materiales y el de "reparación" para satisfacer a la víctima por los daños de carácter extrapatrimonial. Sobre el tema, ver del autor de este ensayo "El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984", en "Nuevas tendencias en el derecho de las Personas", pág. 301-302.

en su libertad ontológica y en su tiempo existencial, vivenciando valores, traza un rumbo y otorga un sentido a su vida, lo que se concreta en un proyecto existencial. Son muchos los proyectos que puede elaborar una persona. Algunos serán intrascendentes y pasajeros, temporales, de limitados alcances, mientras que otros que adquieren una especial relevancia, por lo que son determinantes en el existir del sujeto. Un proyecto relevante es aquel que responde a la honda vocación de cada persona y define lo que ella "quiere ser", en cuanto ser humano, en el futuro. Este proyecto se refiere al modo de vivir que escoge la persona, a su tipo de trabajo en la medida que, a través de él, el ser humano se realiza personalmente y presta, simultáneamente, un servicio a la comunidad. Un daño radical al proyecto de vida de la persona produce en ella una grave frustración, de diversa intensidad y magnitud atendiendo tanto a la calidad del proyecto como a la de la persona en sí misma¹⁶.

En el ejemplo propuesto, al perder la mano, el cirujano ha sufrido una decisiva frustración, que compromete su futuro. Las consecuencias de este daño al proyecto de vida deberán también ser equitativamente valoradas por el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.

Todo el proceso de resarcimiento y reparación del daño a la persona, anteriormente descrito, quedó marginado cuando la Comisión Revisora, como se ha anotado, eliminó del proyecto de artículo 17^o aquella prescripción por la cual el juez, al momento de fijar la indemnización, debería considerar independientemente para este efecto los daños patrimoniales de aquellos que acarrearán consecuencias extrapatrimoniales. De ahí que los jueces, en su inmensa mayoría, siguen ignorando su deber de reparar los daños a la persona cuyas consecuencias son de naturaleza no patrimonial.

Finalmente, es del caso advertir que en el proyecto elaborado por el ponente no existía el último párrafo que aparece en el actual artículo 17^o. En él se prescribe que: "La responsabilidad es solidaria". Es difícil comprender cómo la responsabilidad pueda ser solidaria si el agente del daño es una sola persona. Indudablemente este párrafo es un desacierto que deberá enmendarse en el futuro.

Como se percibe del comentario que hemos efectuado en párrafos precedentes en torno al actual artículo 17^o del Código civil, son muchas y relevantes las omisiones en que inexplicablemente incurrió la Comisión Revisora al dejar de lado los términos de la propuesta que el ponente sometiera a su consideración. Se evidenció que esta Comisión no contempló, de modo expreso, la posibilidad de la víctima de recurrir a la acción inhibitoria frente a una amenaza de daño, así como no tomó en consideración el derecho de la víctima de exigir la correspondiente indemnización. En el numeral aprobado se advierte, así mismo, la ausencia de una referencia al deber del juez de reparar independientemente las consecuencias de carácter patrimonial de las extrapatrimoniales generadas por el daño causado y, en síntesis, el haber utilizado una fórmula extremadamente concisa e insuficiente ante lo que podemos calificar como un hecho de innegable importancia como es el de brindar la más amplia y oportuna protección a la persona.

No obstante lo que estimamos representa una justificada crítica en lo que concierne al contenido del vigente artículo 17^o, debemos reconocer que este numeral, pese a sus retaceos, es único en la legislación comparada en cuanto a la protección genérica de la persona. Significa, por lo tanto, un positivo aporte y un hito importante en la evolución del derecho de las personas en el Perú del siglo XX. Lo que nos preocupa, tal como lo hemos expuesto, es que este artículo pudo ser más amplio y completo en lo que atañe a su específica significación.

Así lo comprendió el destacado profesor Francesco Busnelli, docente en Pisa, quien al comentar dicho numeral manifiesta que "el artículo 17^o, a pesar que en su formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos Fernández Sessarego le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante". Y, al destacar el enfoque innovador de esta norma declara que "es, según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora -a la cual se uniformó también el vigente Código civil italiano- que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona"¹⁷.

¹⁶ Sobre los alcances del daño al proyecto de vida puede verse del autor de este trabajo el ensayo titulado "Daño al proyecto de vida", antes citado, en "Derecho PUC", n.º 50, diciembre de 1998, pág. 43 y agts.

¹⁷ Busnelli, Francesco D., "La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código civil argentino de Vélez y el nuevo Código civil peruano" en "Tendencias actuales y perspectivas de Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano", Cultural Cuzco, Lima, 1990, pág. 51.

Del modo expuesto, el Código civil peruano de 1984, a diferencia de otros códigos civiles vigentes en la actualidad, abordó innovativamente una cuestión tan importante para el derecho como es aquella referida a la protección preventiva, unitaria e integral del ser humano.

4. PRESENCIA PROTAGÓNICA DEL PENSAMIENTO ACADÉMICO EN LA REFORMA DEL ACTUAL ARTÍCULO 17° DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Los propios autores del Código civil de 1984 se fijaron como meta el rescatar, con el tiempo, el contenido primigenio del proyecto de artículo 17° cuyo contenido, en amplia medida, no fue tomado en cuenta por la Comisión Revisora en referencia. Por ello, a través del grupo de trabajo de profesores de derecho especialistas en el tema, que coordinó el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, propuso, por iniciativa del ponente del Libro Primero del Código civil, un nuevo proyecto de artículo 17° en cuyo texto se recogían muchos de los aspectos puestos de lado por la mencionada Comisión Revisora en el año de 1983¹⁸.

El proyecto de nuevo texto del artículo 17°, que a continuación transcribimos, fue remitido por el Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a la Comisión de Reforma en actuales funciones, a través de la comunicación remitida al Congreso con fecha 04 de enero de 1995. Su redacción es la siguiente:

"Artículo 17°.- En los casos de amenaza o vulneración de cualquiera de los derechos e intereses existenciales que deriven de la dignidad del ser humano, se puede demandar para obtener su más amplia protección por todas las medias adecuadas a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado.

El juez, a solicitud del interesado, ordenará la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño al sujeto o la paralización de la actividad generadora del daño.

De producirse un daño a la persona, se fijará la indemnización considerándose independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales.

Si el daño es ocasionado por dos o más personas, sin poder determinar su grado de participación, la responsabilidad será solidaria".

Es pertinente, por su carácter ilustrativo y por no haber sido publicada, dar cuenta de la exposición de motivos en la que se recogen los fundamentos y las razones que guiaron la formulación del mencionado proyecto de artículo 17° en los términos antes transcritos.¹⁹ El texto de la referida exposición de motivos consta en la antes citada comunicación remitida por el Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con fecha 04 de enero de 1995, al Congreso. El siguiente es su texto:

"Las modificaciones propuestas se inspiran en el texto del proyecto que sobre la materia presentara el ponente del Libro del Derecho de las personas, cuyo texto fuera substancialmente modificado por la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil vigente.

Como se aprecia, el texto ha sido enriquecido. Ello era indispensable puesto que su contenido es de capital importancia en cuanto se contrae a establecer los alcances de la tutela de los derechos e intereses del ser humano.

Las substanciales modificaciones propuestas obedecen al decidido propósito de otorgar, a nivel del Código civil y en estricta concordancia con la Constitución de 1993, los más amplios alcances a la protección del ser humano, dotando al juez de todos los instrumentos disponibles y necesarios para que ella sea rápida, oportuna y eficaz.

a.- En primer término, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1° de la propuesta presentada por el grupo de trabajo antes referido, la tutela no debe restringirse a la persona ya que el concebido, en tanto ser humano, merece igual protección jurídica que aquella dispensada a los otros sujetos del derecho, incluyendo a la persona natural. En atención al nuevo planteamiento del Código, que distingue a nivel puramente normativo la persona natural del concebido, se consideró oportuno sustituir el término "persona" - reservado en el Código para referirse a dos sujetos de derecho como son la persona natural y la jurídica-

¹⁸ A iniciativa del Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que acompañaba quien esto escribe, se constituyeron diversos grupos de trabajo integrados por profesores de diversas especialidades, generaciones y universidades, con el propósito de revisar y estudiar el Código civil a fin de proyectar las emendas que permitiesen a los diez años de su vigencia, actualizarlo y perfeccionarlo. Estos grupos trabajaron entre los años de 1992 y 1994.

¹⁹ El grupo de trabajo que revisó el Libro Primero del Código Civil, presidido por el que esto escribe, estuvo integrado por los profesores Javier de Betanide L. de R., Enrique Beoana Palomino, Víctor Guavara Pezo, Carlos Cárdenas Guiró, Alberto Loayza Lazo, Juan Morales Godo, Enrique Versi Rospigliosi, actuando como Secretaria Laura Fantozzi Riveros. Eventualmente asistió el doctor Walter Rivera Vilchez y en la última etapa de los trabajos se incorporó, luego de su retorno del exterior, el doctor Juan Espinoza Espinoza.

por la de "ser humano" que comprende al concebido. De este modo se contribuye a la coherencia que deben guardar los dispositivos del Código civil.

b.- Se ha ampliado la tutela no sólo a los casos de violación consumada de los derechos de la persona - lo que es insuficiente- sino que se ha hecho extensiva a los casos de amenaza. Ello, en virtud que la tutela de la persona debe ser unitaria, integral y fundamentalmente preventiva.

c.- La protección de la persona, en reconocimiento a su rica y compleja estructura de ser libre, no puede reducirse, como lo demuestra la historia y la experiencia, sólo a los derechos subjetivos expresamente recogidos en sendas normas jurídicas. Es decir, lo que también se conoce como derechos típicos o derechos subjetivos perfectos. Por el contrario, se hace necesario en atención a la propia calidad ontológica del ser humano, ir más allá del nunca exhaustivo catálogo de derechos subjetivos, vigentes en un determinado momento histórico, para comprender en la mencionada protección jurídica a los derechos subjetivos atípicos. Nos referimos con esta expresión a los intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos en la medida que, por un injustificado retraso en la elaboración normativa no han llegado, todavía, a obtener su concreción normativa. Ellos, en cuanto derechos humanos, derivan de la intrínseca dignidad de la persona.

Sobre esta base es que se ha introducido en el artículo proyectado, al lado de los derechos subjetivos, los intereses existenciales o derechos naturales que constituyen exigencias éticas del ser humano que ningún juez, aun en ausencia de norma específica, puede dejar de tutelar.

d.- En la norma bajo comentario se alude, de modo expreso, a que tanto los derechos subjetivos como los intereses existenciales derivados de la dignidad de la persona merecen, de parte del juez, la más amplia y adecuada protección, utilizando para el efecto "todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado". Esta protección normativa permite al juez, imaginativamente, encontrar en cada caso y según lo exijan las peculiares circunstancias del mismo, los mecanismos necesarios para su tutela.

e.- En el segundo párrafo del artículo propuesto por el grupo de trabajo se consagra la acción inhibito-

ria que, en la doctrina civilística, equivale a la acción de amparo establecida por la Constitución. Mediante la acción inhibitoria el sujeto amenazado o que ha sufrido la lesión de un derecho natural o de un interés existencial, derivado de su propia calidad de ser humano, puede demandar ya sea para que se impida la consumación de una amenaza, es decir, de un hecho potencialmente susceptible de causar daño, o para que el juez ordene la cesación de este último cuando ya se ha producido y tiene el carácter de continuado.

f.- En el penúltimo párrafo se aclara que el juez no sólo procede a ordenar resarcir las consecuencias patrimoniales derivadas de la amenaza o del daño producido, sino que también dispondrá reparar, de manera independiente, el daño de carácter extrapatrimonial. Es decir, aquel que no genera consecuencias económicas pero que merece una satisfacción que puede concretarse en la entrega de una suma de dinero a emplearse para tal efecto.

g.- Finalmente, en el último párrafo se aclara la imprecisión contenida en similar párrafo del actual artículo 17° cuando se expresa, escuetamente, que "la responsabilidad es solidaria". Este giro lingüístico sugiere, absurdamente, que sólo se resarcirá o repararán las consecuencias del daño cuando sea perpetrado por un conjunto de personas.

La expresión propuesta evita cualquier distorsión interpretativa".

5. EL PROYECTO DE ARTÍCULO 17° APROBADO POR LA SUB COMISIÓN DE LA COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El texto anteriormente transcrito constituyó, como se ha anotado, la exposición de motivos del proyectado artículo 17° formulada por el grupo de trabajo compuesto por profesores de derecho especialistas en la materia a los se ha hecho referencia. Este texto sirvió de base para que la Sub Comisión encargada de elaborar el proyecto de enmiendas al Libro Primero del Código civil -designada por la Comisión encargada en la actualidad de redactar una ley de enmiendas del Código civil- preparara una versión del artículo 17° para su aprobación a nivel del pleno de la Comisión de Reforma. Esta Sub Comisión estuvo compuesta por tres miembros de la mencionada Comisión²⁰. Dos de ellos, el doctor Carlos Cárdenas Quiros y el autor de este

²⁰ La Sub Comisión encargada de preparar el proyecto de enmiendas al Libro Primero del Código civil sobre la base del trabajo elaborado por el grupo de profesores reunidos en la Universidad de Lima, estuvo integrada, como responsable y coordinador de la misma, por el que esto escribe, así como por los doctores Carlos Cárdenas Quiros y Ricardo Marceño Fiers quien dejó de pertenecer a la misma en el año de 1997. Como se aprecia, tanto el que esto escribe como el doctor Carlos Cárdenas Quiros integraron también dicho grupo de profesores.

trabajo habían integrado, como se ha señalado, el grupo de profesores que tuvieron a su cargo la revisión del mencionado Libro Primero y que culminara con la elaboración de algunas enmiendas que, en su momento, fueron elevadas al Congreso de la República.

Antes de referirnos a las actividades de la indicada Sub Comisión y de la consiguiente aprobación de su propuesta, es conveniente resaltar una vez más el positivo y generoso esfuerzo desplegado desinteresadamente por un valioso y coherente grupo de profesores, de distintas generaciones y universidades, que trabajaron por casi tres años, de manera silenciosa, para actualizar y perfeccionar nuestro buen y moderno Código civil de 1984. Esta labor no recibió, aunque parezca extraño, el apoyo oficial de ninguna Universidad por lo cual el mérito del brillante resultado obtenido es atribuible exclusivamente a los profesores que integraron dicho grupo de trabajo. Este es un buen ejemplo de lo que constituye un auténtico servicio a la comunidad, sin necesidad de aparecer en las páginas de los periódicos ni en los noticieros de televisión ni de obtener de dicho esfuerzo ventajas políticas o económicas.

La Sub Comisión en referencia sometió al pleno de la Comisión, con fecha 14 de octubre de 1997, el texto revisado del artículo 17^o, cambiándole la numeración para que, al responder a una adecuada sistemática, cerrara esta parte del Código²¹. Por ello el artículo 17^o, ahora 18^o en la propuesta de la Sub Comisión, tiene el siguiente texto:

"Artículo 18^o.- La amenaza o vulneración de cualquiera de los derechos inherentes al ser humano lo faculta a accionar a fin de obtener la paralización de un hecho potencialmente susceptible de causarle daño o la cesación de la actividad generadora del mismo.

La acción se tramitará como proceso sumarisimo. El interesado podrá solicitar la adopción de medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir un daño.

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

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

6. EL NUEVO TEXTO DE ARTÍCULO 17^o APROBADO POR LA COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

La propuesta de la Sub Comisión, antes transcrita, fue debatida y aprobada en el pleno de la Comisión

designada para elaborar una ley de enmiendas al Código civil vigente en las sesiones correspondientes al 03 y al 10 del mes de noviembre de 1997. En el curso del debate se acordó desdoblarse el mencionado artículo a fin de considerar un nuevo numeral, el 18a^o, dedicado a regular el aspecto netamente procesal, reservando el artículo 18^o para la parte sustantiva de la protección integral a la persona. El siguiente es el texto del artículo 18^o:

"Artículo 18^o.- La amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes al ser humano faculta a cualquier persona a solicitar la paralización del hecho susceptible de causar daño o la cesación de la actividad generadora del mismo, respectivamente.

El interesado podrá solicitar a la autoridad correspondiente la adopción de medidas inmediatas y apropiadas para evitar o suprimir el daño. También podrá hacerla ante el juez para la adopción de medidas urgentes, autónomas de un proceso principal"

El resto de la propuesta de la Sub Comisión de carácter procesal, como se ha anotado, se incorporó al nuevo artículo 18a^o con el texto que se transcribe:

"Artículo 18a^o.- La indemnización por los daños derivados de la amenaza o vulneración de los derechos inherentes al ser humano, incluye las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. La pretensión no es acumulable a la prevista en el artículo 18^o.

Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria".

En las páginas precedentes hemos historiado sintéticamente los sucesivos cambios, más de redacción que de fondo, del contenido del artículo que, originalmente numerado como 17^o, se desdobló, en noviembre de 1997, como está registrado, en los artículos 18^o y 18a^o. De la lectura de las diferentes propuestas elaboradas en el tiempo, es decir desde antes de la promulgación del Código civil de 1984 hasta la fecha anteriormente indicada, se observa que la propuesta original e innovadora que, con fecha 3 de octubre de 1983, se propusiera a la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil, se mantiene en lo substancial a través de los sucesivos proyectos discutidos en el curso del proceso de reforma. En efecto, y tal como se ha puesto de manifiesto en esta revisión crítica e histórica de la evolución de esta importante materia, en todos y cada uno de los proyectos elaborados en el tiempo y analizados en estas páginas, se rescatan las ideas centrales o ideas fuerza como son:

²¹ En el Código civil vigente el artículo 18^o se refiere a los derechos del autor. En realidad el actual artículo 17^o, por su generalidad, debió cerrar esta parte del Libro Primero. Este error sistemático ha sido superado.

a.- la protección genérica de cualquier derecho o interés existencial de la persona; b.- la posibilidad de utilizar la acción inhibitoria a fin de paralizar un hecho susceptible de causar daño o hacerlo cesar si el daño es continuado y c.- el tratamiento independiente de las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales generadas por el daño a la persona.

Como se ha podido apreciar de todo lo anteriormente expuesto, el texto original del 3 de octubre de 1983, sometido por el ponente del Libro de Derecho de las Personas al conocimiento de la Comisión Revisora del Proyecto de Código de 1984, ha merecido cuatro sucesivas revisiones. La primera, como se ha señalado, fue practicada en 1983 por la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil, mientras que la segunda se llevó a cabo en 1994 por el grupo de trabajo integrado por profesores especialistas en la materia, coordinado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. La tercera fue emprendida por la Sub Comisión designada para tal tarea en el curso de 1997 y, finalmente, en noviembre del mismo año, fue debatida en el seno de la Comisión designada para elaborar una ley de enmiendas al Código civil. Como se advierte, ha sido largo el periplo seguido en la revisión del importante contenido del artículo 17°, hoy 18° y 18a°, en el transcurso de casi quince años, es decir, entre los años de 1983 a 1997.

En el curso de las revisiones a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior se han logrado, en el transcurso de esos casi quince años de trabajo, algunas precisiones en relación con el proyecto original, las mismas que cabe destacar en la medida que, más allá de lo substancial que se conserva, han enriquecido el contenido de la norma, marcando un avance en el dinámico proceso de evolución de la materia referente al derecho de las personas.

Entre lo que se ha perfeccionado y enriquecido del texto de 1983 cabe señalar el acierto de haber sustituido el término "persona" por el de "ser humano", por las razones que ya se han expuesto. Ellas se centran y sintetizan en la necesidad de utilizar una noción genérica que comprenda, dentro de la protección concedida por el artículo bajo comentario, al ser humano "concebido" y no sólo, como era tradicional, a la "persona natural". Es una certera modificación que, por lo demás, se adecua a la nueva sistematización de la categoría de sujeto de derecho innovadoramente adoptada por el Código civil de 1984. En efecto, en la propuesta del 3 de octubre de 1983, concebida por el ponente del Libro Primero del Código civil antes de su promulgación, se utilizaba el concepto "persona",

mientras que en la redacción formulada por el grupo de trabajo de profesores, coordinados por el que esto escribe en el seno del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, a propuesta del propio ponente, se incorporó, en el curso del año de 1993, la noción de "ser humano". Este concepto, por su amplitud, como se ha indicado, comprende tanto al ser humano antes de nacer como al ser humano ya nacido.

Otros cambios operados en el proyecto original de 1983 se refieren a aspectos procesales que contribuyen a hacer operativo el derecho a accionar conferido por el numeral bajo comentario. Nos referimos a que la víctima no necesita, en primera instancia, recurrir necesariamente ante el juez, en la medida que ello podría retardar la adopción de urgentes medidas de tutela. Se ha prescrito, por ello, que el agraviado puede solicitar la protección, inmediata y apropiada, de la autoridad correspondiente, como podría ser aquella policial. Esto no impide que se pueda también acudir ante el juez, si fuere necesario y conveniente. En cualquier caso, esta acción es autónoma del proceso principal, lo que contribuye, así mismo, a agilizar la protección del ser humano ante una amenaza de sufrir un daño o de un daño en acto.

Aparte de lo hasta aquí expresado, es del caso señalar que también se ha sustituido el último párrafo del artículo 17° del Código civil vigente a fin de restituirle el sentido que no se pudo lograr en 1984. En efecto, el precepto de que "la responsabilidad es solidaria" era incomprensible para cualquier intérprete.

Es satisfactorio comprobar, a la distancia de casi quince años como, al rescatarse las propuestas originales contenidas en el proyecto de 1983, se ha restituido al artículo 17°, hoy 18° y 18a°, aquello que inexplicablemente eliminó la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil. Así mismo, es interesante observar la constante evolución y perfeccionamiento de una materia innovadora y de trascendencia como es aquella referida a la protección preventiva, unitaria, integral del ser humano.

7.- PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DE 1979 Y 1993.

El constituyente y el codificador peruanos de nuestro tiempo, dejando atrás la concepción ochocentista recogida tanto en la Constitución de 1933 como en el Código civil de 1936, han elaborado, como parcialmente se ha apreciado en páginas precedentes, las normas jurídicas que traducen la triple pro-

tección del ser humano. Es decir, una protección preventiva, unitaria e integral. En este sentido, el codificador de 1984, que empezó su trabajo en 1965 y se prolongó por espacio de casi diecinueve años, fue sensible al influjo de la corriente personalista por lo que introdujo en el proyecto de Código civil normas como las del artículo 5°, que contiene una cláusula abierta, y la del numeral 17°, sobre tutela integral de la persona, al cual nos hemos referido. La Constitución de 1979, en cierta medida bajo la inspiración de dicho proyecto de Código civil que fuera oportunamente publicado, recoge la misma concepción en torno a la protección del ser humano²². Es así que, cabe recordar el texto del artículo 4° de dicha Constitución, en el que se consagra la cláusula general y abierta de protección de la persona, así como el artículo 295° en el que se alojan el habeas corpus y la acción de amparo.

La Constitución de 1993, como se ha señalado, contiene también, en su artículo 3°²³, la cláusula general y abierta que la Constitución de 1979 recogía, como se ha anotado, en su artículo 4° y, en el artículo 200°, se regulan el habeas corpus, la acción de amparo y otras acciones de garantía. En el mencionado artículo 3° se establece la viabilidad de utilizar la analogía tratándose de los derechos de la persona y, lo que es más importante se prescribe, de modo elocuente, que deben ser materia de protección jurídica los derechos que dimanen de la dignidad de la persona aunque no se encuentren expresamente tutelados por el ordenamiento jurídico positivo. Se trata de los derechos inherentes al ser humano o derechos naturales o intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos, es decir, cuatro modos de expresar el mismo concepto²⁴.

No puede dejarse de resaltar los trascendentes alcances de los artículos 4° de la Constitución de 1979 y 3° de la Constitución de 1993. Hemos recordado que en ambos numerales se alojan sendas cláusulas de protección general y abierta en relación con los derechos e intereses del ser humano, las mismas que permiten al juez su más amplia protección. No hay excu-

sa, por lo tanto, que un juez no ampare la solicitud de protección de un derecho natural o interés existencial no recogido por norma expresa del ordenamiento jurídico positivo. No puede olvidarse que los derechos de la persona se han concretado en la normatividad de modo paulatino en el curso de la evolución del derecho. Por ello se les califica de históricos, pues son tutelados normativamente conforme los jueces o los legisladores -más los primeros que los segundos- los van protegiendo en el curso del tiempo. La experiencia así nos los demuestra.

La jurisprudencia comparada nos muestra cómo un conjunto de intereses existenciales o derechos naturales de la persona son por ella tutelados a pesar de no estar amparados por norma expresa dentro del respectivo ordenamiento jurídico nacional. Ellos son materia de protección de parte de los jueces en aplicación de la cláusula general y abierta a que se ha hecho referencia y que se encuentra recogida por varias legislaciones y que en el Perú, como se ha reiterado, se alojan en el artículo 3° de la Constitución de 1993 y en el artículo 5° del Código civil vigente. Son, por ejemplo, los conocidos casos de la protección del derecho a la identidad personal, de la tutela de la voz o de la intimidad personal y familiar en aquellos países en que estos derechos de la persona no están protegidos por norma expresa del ordenamiento jurídico positivo. Esta protección jurídica, que se da en algunos países desarrollados, es enteramente posible en el Perú contemporáneo en virtud de la norma constitucional antes referida y del texto de los artículos 5° y 17° del Código civil de 1984. Los jueces, por consiguiente, no tienen excusa alguna si dejan de tutelar algún interés existencial no protegido a través de un derecho subjetivo perfecto.

En Italia, por ejemplo, desde las primeras dos décadas del presente siglo la jurisprudencia, a pesar que el derecho a la intimidad personal y familiar (*diritto alla riservatezza*) no está recogido en el Código civil de 1942, han amparado este derecho natural o interés existencial, para lo cual se han sustentado en la cláusula general o abierta contenida en el artículo 2° de la

²² El proyecto de Libro Primero sobre el Derecho de las Personas fue publicado, en su primera versión, por la revista "Jurisprudencia Peruana" en sus ediciones correspondientes a los meses de abril a junio del año de 1977.

²³ El artículo 3° de la Constitución de 1993 tiene el siguiente texto: "Artículo 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

²⁴ Mario Alpa y Guido Bassano en su trabajo "I fatti illeciti", contenido en el "Trattato di Diritto Privato", publicado por UTET, Torino, 1985 y dirigido por Pietro Rescigno, se refieren tangencialmente a los derechos subjetivos perfectos, que con los contenidos en norma expresa del ordenamiento jurídico positivo, y a los derechos subjetivos imperfectos que son los derechos naturales o intereses existenciales no recogidos por dicho ordenamiento. La sugerencia de los profesores italianos nos parece que constituye un acierto por lo que la hemos recogido en recientes trabajos.

Constitución italiana de 1947²⁵. Del mismo modo, la jurisprudencia italiana, desde la década de los años setenta, ampara el derecho a la identidad personal, no obstante que este derecho no está tampoco recogido por norma expresa de su ordenamiento jurídico.

En el artículo 200° de la Constitución de 1993, como se ha señalado, se configura el habeas corpus que procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona "que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos". En este mismo numeral se hace referencia a la acción de amparo que se interpone contra cualquier persona, funcionario o autoridad, "que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución". En este artículo, vinculado con la acción de amparo, se prescribe la protección preventiva frente a una amenaza contra los referidos derechos.

En el segundo párrafo del artículo 295° de la derogada Constitución de 1979 se prescribe al respecto que: "La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier otra autoridad, funcionario o persona". La acción de amparo protege al ser humano no sólo de las violaciones en acto o ya cumplidas sino también frente a una simple amenaza contra sus derechos fundamentales. Es decir, se establece a nivel constitucional lo que los civilistas designan como acción inhibitoria, la que permite al juez decidir no sólo sobre la cesación de actos violatorios en curso sino también de prevenir cualquier amenaza que pudiera cernirse sobre la persona.

Debe subrayarse que cuando en dicho segundo párrafo del artículo 295° de la Constitución de 1979 se hace referencia a "los demás derechos reconocidos por la Constitución", se deja a salvo la acción de habeas corpus a que hace alusión el primer párrafo de este numeral.

El inciso 2° del artículo 200° de la vigente Constitución de 1993 se refiere a la acción de amparo aunque, en nuestro concepto, utilizando una redacción más precisa que aquella empleada en la precedente Constitución. En efecto, en este inciso se establece que:

"La acción de amparo es una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución". Añade a continuación que ella "no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular".

En el artículo 200° de la Constitución vigente se establecen, además, otras garantías relacionadas con la protección integral de la persona. Haremos una breve referencia de su contenido.

El inciso 1° del citado artículo 200° de la Constitución de 1993 se refiere al habeas corpus mientras que en el inciso 3° se introduce, por primera vez a nivel constitucional, el habeas data aunque, como ha sido puesto de manifiesto por los comentaristas de la Constitución vigente, fue redactado con indebida amplitud. En efecto, el citado inciso 3° establece que:

"La acción de Habeas Data procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5°, 6° y 7° de la Constitución".

Se ha criticado la redacción del inciso 3° del artículo 200°, anteriormente glosado, en el sentido que la acción de habeas data debería circunscribirse tan sólo al derecho prescrito en el inciso 5° del artículo 2°, ya que los derechos mencionados en los incisos 6° y 7° del mismo artículo, concernientes a la intimidad personal y familiar, la buena reputación, el honor, la imagen y la voz, están protegidos por la amplia acción de amparo que regula la propia Constitución.

Aparte de las garantías prescritas por el artículo 200° de la Constitución es del caso hacer mención a los derechos establecidos en el artículo 2° de la Carta Magna. Así, en el inciso 5° del mencionado artículo 2° se confiere a toda persona el derecho:

"A solicitar, sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado".

El inciso 6° del mismo artículo 2° de la Constitución hace referencia a que toda persona tiene derecho

"A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

²⁵ El artículo 2° de la Constitución italiana de 1947 tiene el siguiente texto: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de las obligaciones inderogables de solidaridad política, económica y social".

El inciso 7° del mismo artículo 2° protege varios derechos, como son el honor, la buena reputación, la voz y la identidad, en los siguientes términos:

"Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias."

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicios de las responsabilidades de ley".

Es del caso señalar que, además de las acciones de garantía de los derechos e intereses existenciales de la persona, anteriormente glosados, en el artículo 200° de la Constitución de 1993 se regulan la acción de inconstitucionalidad, la acción de habeas data, la acción popular y la acción de cumplimiento.

Se puede concluir, después de haber expuesto escuetamente algunas de las más importantes disposiciones de protección de la persona contenidas en el ordenamiento jurídico nacional, que no cabe la menor duda que, al menos a nivel normativo y al finalizar el siglo, la persona goza en el Perú de la más amplia protección preventiva, integral y unitaria. Dependerá de la jurisprudencia interpretar debidamente estas latas disposiciones de tutela de la persona y aplicarlas correcta y oportunamente.

8. OPINIÓN DE LOS COMENTARISTAS SOBRE LOS ALCANCES INNOVADORES DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Los estudiosos extranjeros que han analizado nuestro Código civil de 1984 resaltan no sólo el hecho de que el Código civil peruano es el que más extensamente regula los derechos de la persona dentro de la codificación comparada, sino que también destacan que, al mismo tiempo que acoge una cláusula general de protección de cualquier interés existencial del ser humano, introduce, por primera vez en la legislación civil comparada, con carácter genérico, la llamada acción inhibitoria. Así lo advirtió el profesor Francesco D. Busnelli en el texto de su ponencia presentada en el

Congreso Internacional celebrado en Lima, en 1988, sobre "Tendencias y perspectivas actuales del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano". Sus comentarios al respecto han sido anteriormente glosados.

Francesco D. Busnelli, como se ha señalado, resalta el acierto del codificador nacional al consagrar en el artículo 5° del Código civil una cláusula general y abierta de protección a la persona, que comprende sus intereses existenciales o derechos naturales, al expresar que se trata de "uno de los aspectos más interesantes del nuevo Código civil peruano que se apoya en la dirección del perfeccionamiento de las técnicas de tutela" de la persona²⁶. En efecto, este aporte del Código civil peruano se inscribe, como lo reconoce el profesor de Pisa, como uno de los logros más preciados en lo que concierne a la evolución de los derechos de la persona en el siglo en que vivimos.

El citado jurista italiano, como se ha recordado al comentar los alcances y la evolución del contenido del artículo 17° del Código civil, remarca, en vinculación con lo anteriormente destacado, la importancia que tiene para la legislación comparada no sólo el mensaje que fluye del citado artículo 5° del Código civil peruano sino también, y en la misma dirección de pensamiento, del texto del artículo 17° del mismo cuerpo legal²⁷.

El jurista chileno Fernando Fuyo Laneri incide en similar comentario cuando se detiene en el análisis del significativo aporte del Código civil peruano en lo que a la materia que venimos tratando se refiere. Sobre el particular enfatiza que "el Código civil del Perú ha llegado a consagrar el derecho general de la personalidad, y ello fluye incontestablemente de su propio texto cuando, enunciando varios tipos particulares, emplea finalmente en forma abierta el género: y demás inherentes a la persona humana"²⁸. Es certera la apreciación del distinguido civilista pues su opinión, coincidente con la del profesor Busnelli recoge, dentro de su exacta dimensión, los alcances de la expresión por él subrayada contenida en el artículo 5° del Código civil peruano.

El profesor de la Universidad de Costa Rica, Víctor Pérez Vargas, apunta al respecto que "merece encomio el nuevo Código civil peruano" al haber incorporado el texto tutelar de la persona contenido en el

²⁶ Busnelli, Francesco D., "La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código civil argentino de Vélez y el nuevo Código civil del Perú" en "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano", pág. 51.

²⁷ Busnelli, Francesco D., "La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código civil del Perú" En: Op. Cit.

²⁸ Fuyo Laneri, Fernando: "Sobre el Derecho de la Persona a propósito del nuevo Código Civil Peruano", en: "Tendencias Actuales y perspectivas del Derecho Privado y del sistema jurídico latinoamericano", pág. 51.

artículo 17° en referencia. El jurista costarricense considera que el haberse acogido una cláusula de protección del ser humano como la del mencionado artículo 17°, guarda sintonía con la inspiración personalista del Código Civil peruano de 1984²⁹.

Yuri Vega, al referirse a los alcances del artículo 5° del Código civil deja también constancia que "sin perjuicio de la especificación de ciertos derechos, el Código acoge una de las más recientes conquistas en esta materia, al proteger cualquier valor de la persona derivado de su dignidad que aún no se encuentre tipificado por el ordenamiento como un derecho subjetivo a través de una norma concreta"³⁰.

Nadie duda, por lo demás, que en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en el pasado no lejano, se protege jurídicamente al ser humano como una unidad, en la cual encuentran fundamento todos sus derechos, y que esta tutela es integral, en tanto comprende todos los intereses existenciales sean o no materia de específicos derechos subjetivos. En esta última hipótesis es de aplicación la cláusula general o abierta a la que se ha hecho referencia en su lugar.

9. LAS PALABRAS DEL MAESTRO: UN COMPROMISO CON EL FUTURO

Confiamos, como conclusión de todo lo hasta aquí expuesto, que los proyectados artículos 18° y 18a, que sustituirían al actual artículo 17° de nuestro Código civil, encuentren prontamente su consagración legislativa. Con ello no se desaprovecharía del esforzado como perseverante trabajo de nuestros juristas que, a lo largo de tres lustros, no han cejado en el idealista empeño de servicio a la comunidad al estudiar, sin mayor reconocimiento que la propia íntima satisfacción, con el positivo y altruista propósito de actualizar y perfeccionar, ahí donde fuere necesario, nuestro elogiado y moderno Código civil de 1984.

Por lo demás, y aunque esto no parezca frecuentemente comprendido o compartido, el ser humano tiene un apetente afán de perfección. Es por ello que, al pretender actualizar nuestro Código, se quiere dar cabal cumplimiento a esta connatural tendencia de la persona. Los autores del Código civil de 1984 desean, como un homenaje al inolvidable maestro de maestros, José León Barandiarán, que los conceptos que vertiera en su momento sobre el Código civil de 1984 se mantengan inalterables y lozanos en el tiempo. Además, consideramos que sus conceptos han de servir de estímulo a las nuevas generaciones de juristas para continuar por la exigente pero gratificante senda escogida por sus mayores. Tenemos el deber colectivo de mantener el nivel de modernidad y ponderación que, en concepto de sus comentaristas -sobre todo extranjeros- ha logrado el Código civil de 1984.

Las apreciaciones del maestro León Barandiarán, a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, son aquellas que escribiera en 1988 en el sentido que la parte del "Código, que se refiere al Derecho de las Personas, está considerada como una parte excelente". O a aquella otra según la cual "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", ya 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...". Presente en el Congreso Internacional celebrado en Lima en agosto de 1985 sobre "El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", el maestro León Barandiarán testimonió que "los profesores extranjeros, sobre todo los italianos, estimaron que el peruano era el mejor Código del mundo, especialmente por esta parte del Derecho de las Personas"³¹.

²⁹ Pérez Vargas, Víctor, "Derecho Privado", pág. 117.

³⁰ Vega Yuri, "Personas naturales: propuesta de enmiendas" en "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas", Tomo I, pág. 53.

³¹ Las apreciaciones de José León Barandiarán constan en el libro "Estudios Jurídicos en Honor de los Profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arías Schreiber". Cultural Cuzco, Lima, 1989, pág. 413-414.