

---

# *EL DEFECTUOSO ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LAS PERSONAS NATURALES*

---

**Mario Castillo Freyre**

---

## **1. INTRODUCCIÓN**

---

**E**n realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Es que cuando, desde 1994, empecé a oponerme, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra la corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del derecho peruano, como si en el Perú todos los profesores de derecho pensáramos igual, o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Pero felizmente en el Perú el pensamiento jurídico es muy rico, y esta riqueza, estoy convencido, es fundamentalmente ajena a los intentos oficiales de reforma de nuestra legislación civil.

Hace 11 años que empecé a sostener la inconveniencia de modificar el Código de 1984 de manera integral; y si hay algo de lo que no me podrá acusar nadie es de haber sido inconsecuente, pues desde el primer día he sostenido lo mismo y, además, lamento haber vaticinado el devenir del proceso de reforma.

Muchas veces mis alumnos o los auditores de derecho que me han escuchado hablar sobre este tema, habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos solo podrían provenir de personas que no conocen a fondo los entretelones de esta reforma y que no la han seguido de cerca, como yo sí la he seguido.

Hasta hace unos meses yo no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente ha cambiado, en la medida en que en abril del 2005 fue publicada, en la página web del Ministerio de Justicia, la primera parte del Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil. Esta primera parte comprende el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

Con esta publicación, la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto (en adelante la comisión) debía demostrar a la opinión pública en general y al medio jurídico en particular que había hecho un buen trabajo, un trabajo cuyos méritos justificaran las 85 sesiones que tuvo.

Además, dicho trabajo debía atestiguar consecuencia con los anuncios hechos por los integrantes de esa comisión, en el sentido de que solo se iba a modificar aquello que resultara urgente y necesario. La línea citada no constituye un invento mío, sino que fue manifestada públicamente por varios de ellos y además ha sido ratificada en la Exposición de Motivos del citado anteproyecto por el propio presidente de la comisión.

Pero en realidad el anteproyecto no recoge ni lo urgente ni lo necesario, sino más bien un conjunto de reformas que no guardan coherencia teórica entre sí, además de regular diversos temas en que resulta superfluo hacerlo y contener un conjunto de disposiciones que distorsionan diversos aspectos fundamentales de las áreas cuya regulación —en teoría— se intenta mejorar.

Me apena que este haya sido el resultado de la labor de la comisión y que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero no podía ser otro el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de reforma del Código Civil no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de muchos profesores de derecho, que buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida en que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y resulta claro que las figuras más representativas del derecho civil peruano no están acompañando el proceso de reforma.

Lamento mucho que esto sea así, fundamentalmente porque existe una obstinación de llevar adelante un proceso que se está cayendo por su propio peso.

El lastre está representado por la calidad de las propuestas publicadas y el que estas no resisten un riguroso análisis jurídico por parte de académicos y profesionales independientes, es decir ajenos al proceso de reforma y ajenos, obviamente, a la comisión.

Nadie, absolutamente nadie, que sea representativo del mundo académico y profesional peruano ha elogiado el anteproyecto publicado por la comisión.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamentablemente esta situación, habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del derecho civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

Todas mis afirmaciones y comentarios se refieren, única y exclusivamente, a ideas, a planteamientos, al texto del Anteproyecto de Ley publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica, y que si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente abarque solo aquello que resulte urgente y necesario y, además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquel que se encuentra en vigencia.

No podemos dar luz verde a un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes.

Creo que estoy realizando una especie de servicio cívico obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre

este particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

---

## 2. DERECHOS DE LA PERSONA

---

### 2.1 *Ya lo sabíamos*

Al contrastar ambos artículos podemos observar con mayor claridad las modificaciones que ha realizado la comisión en su propuesta y que no son comentadas en la Exposición de Motivos.

En primer lugar, notamos que se ha buscado ampliar los alcances de la norma cambiando la expresión *toda persona* por la de *todos*, extensión que, sin embargo, no se ha conseguido, simplemente porque ambas expresiones se refieren exactamente a lo mismo.

En efecto, aunque en principio el término *todos* pueda dar la impresión de abarcar un mayor espectro y, por ende, extender la protección otorgada por la norma contenida en el artículo 3, lo cierto es que ese *todos* se encuentra referido a la idea de persona.

Ya desde el artículo 1 del Código Civil vigente se señala que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho, desde la concepción, en todo cuanto le favorece, de donde se sigue que el concebido es persona.

Así las cosas, ese primer cambio efectuado en el artículo 3 resulta innecesario y

---

#### Código Civil de 1984

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

---

#### Anteproyecto de reforma

**Artículo 3.- Capacidad jurídica**  
Todos tienen el goce de sus derechos. Las limitaciones a su ejercicio están expresamente establecidas por ley.

---

artificioso. La comisión no dice nada nuevo y el sentido de la norma no varía; y no varía justamente porque nunca nadie entendió que existiera alguien que no tuviera derechos. Nunca nadie se atrevió a cuestionar el uso de la expresión *toda persona* aduciendo que al emplearla se estuviera excluyendo a alguien. La Constitución de 1993 utiliza, ella misma, la expresión *toda persona* sin que ello dé lugar a confusión alguna.

Podemos advertir, entonces, que la intención de la comisión es la misma que la del legislador de 1984 y, sin embargo, ha considerado como "urgente" y "necesario" realizar la citada modificación para decir –precisamente– lo mismo.

Ahora bien, como segunda modificación al artículo 3 la comisión ha optado por cambiar la expresión *derechos civiles* por la de *derechos*.

Sobre el particular considero necesario señalar que el Código Civil precisa aquello en razón de la naturaleza del cuerpo legal que –como tal– no deja de referirse a los derechos civiles, aunque el término no sea empleado. De esta manera, eliminar la palabra *civiles* del artículo no genera consecuencia alguna, manteniendo el sentido original de la norma.

En resumidas cuentas, la segunda modificación realizada por la comisión nada modifica y –por tanto– nada aporta.

La tercera modificación, en cambio, resulta, al menos a primera vista, menos irrelevante. Así, la norma propuesta se refiere ahora a excepciones al ejercicio de los derechos.

Supongo que con este cambio la comisión –y digo supongo pues en la Exposición de Motivos nada se dice– pretende evitar que una lectura literal del artículo haga pensar que las limitaciones se refieren al goce de los derechos civiles.

A decir verdad, esta precisión no deja de ser "innecesaria", en tanto se trata de un tema que nadie ha puesto en duda.

En la interpretación de la norma contenida en el artículo 3 siempre ha habido una distinción clara entre lo que es goce de un derecho y lo que es ejercicio de un derecho.

Sin duda, una de las cosas que ya se empieza a ver es el típico estilo de la tentación académica, y es que la propuesta de modificación del artículo 3 representa claramente una especie muy antigua de tentación académica.

La comisión, ante la existencia de una norma defectuosa en su redacción, intenta corregirla. Por mi parte, aunque admito que el texto vigente del artículo 3 es defectuoso, considero innecesaria su modificación por una redacción más precisa, simplemente porque aquella redacción defectuosa nunca dio lugar a una interpretación en contra del único criterio que se ha entendido y se entiende hasta hoy.

De esta forma, aun cuando la redacción actual es defectuosa, la interpretación no lo es y, por lo mismo, su aplicación nunca ha generado problemas. Esta constatación me permite afirmar que, en general, cambios como el comentado resultan innecesarios, probando –una vez más– que esta comisión sigue la misma línea de pensamiento que siguieron comisiones precedentes, esto es, la convicción de que el legislador es el monarca, el intérprete principal y todopoderoso del ordenamiento jurídico. Esta premisa lo conduce a combatir, vía modificaciones e interpretaciones auténticas, la interpretación literal que –dan por sentado– todos realizan de una norma.

Resulta, de esta forma, revelador que pese a que el artículo 3 nunca ha dado origen a debates, sea este numeral con el que se inicien las modificaciones que la comisión gusta llamar "urgentes" y "necesarias".

## 2.2 La mujer que lo parió

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 3, la comisión no ha tenido reparos en proponer la derogatoria del texto actual del artículo 4, para regular allí una temática distinta.

En tal sentido, se aprecia que en opinión de la comisión es “urgente” y “necesario” derogar una norma en la que se expresa que el varón y la mujer tienen iguales derechos.

Como es de esperarse, la Exposición de Motivos no explica el porqué de esta decisión, razón por la cual solo me queda suponer que esta se ha realizado debido a que la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer ya se encuentra consagrada constitucionalmente.

La comisión debe haber considerado que al estar consagrado lo mismo en una norma de mayor jerarquía no había motivo para reiterarla. Más aún cuando “necesitaban” el espacio que ocupa el artículo en vigencia para regular el tema del embrión extracorpóreo y de la manipulación genética.

En estricto, debo admitir que el vigente artículo 4, al encontrarse regulado en la Constitución de 1979 y luego consagrado también en la de 1993, no es necesario. Sin embargo, debo expresar también que en la práctica el Código Civil es invocado con mayor frecuencia que la propia Constitución, por lo que una norma como aquella resulta útil. De esta manera, aunque pueda calificarse como innecesaria su inserción inicial en el Código Civil de 1984, también es innecesaria su eliminación en el Anteproyecto de Enmiendas.

No termino de entender el criterio de la comisión que en algunos casos opta por introducir artículos reiterando normas constitucionales, como ocurre en el artículo II del Título Preliminar, y en otros por eliminarlos a pesar de su relevancia.

En fin, dejando de lado mis interrogantes, que no hacen sino poner en evidencia la falta de un criterio claro que guíe y sustente las denominadas enmiendas, paso a examinar el texto propuesto del nuevo artículo 4, inciso por inciso.

En el inciso primero, la comisión busca dar protección a los embriones o fetos

---

### Código Civil de 1984

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

---

### Anteproyecto de reforma

**Artículo 4.- Tutela del embrión extracorpóreo**

1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones o fetos muertos.
  2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación.
  3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. En todo caso el parto determina la maternidad.
  4. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.
-

humanos. La norma pretende evitar que estos sean manipulados, de forma que en el futuro no se materialicen los augurios que desde hace años nos traen las películas y que ya son realidades en otros países: la cosecha de embriones.

Definitivamente considero que el tema de la manipulación de embriones es moralmente reprobable y –como todos– espero que el futuro no conlleve la existencia de fábricas de embriones. Sin embargo, no me parece adecuada la postura adoptada por la comisión. La razón es muy simple: resulta innecesaria y, como demostraré en las siguientes páginas, peligrosa.

El artículo 1 de nuestro Código Civil vigente ya ofrece una solución clara a esta problemática, al tratarse de una norma general que puede ser leída a la luz de los avances tecnológicos. En tal precepto, al consagrarse que se es sujeto de derecho desde la concepción, ya se está protegiendo al embrión que, por consiguiente, tiene todos los derechos, incluyendo el de la vida y el de la integridad, lo que significa que no puede ser usado como un objeto ni ser manipulado.

Nunca habrá un supuesto en el cual el embrión no sea, de acuerdo al artículo 1, sujeto de derecho. El artículo 1, por ende, cubre todos los supuestos, prohibiendo cualquier forma de manipulación que implique violación de los derechos del concebido.

Al regular el tema previsto en el artículo 4 proyectado, la comisión brinda la posibilidad de que la ciencia cree supuestos que, al no caer en lo dispuesto en el citado numeral, puedan llegar a posibilitar la manipulación que se intentaría evitar.

Si la comisión –de todas formas– deseaba regular esta materia debió haberlo hecho estableciendo excepciones al artículo 1, las cuales debieron ser taxativas. La

fórmula escogida por la comisión, en vez de “cerrar la puerta” –que, reitero, ya estaba cerrada–, lo que hace es quitar el candado.

Además, en lo referido a la disposición de órganos y tejidos de fetos y embriones muertos, los cuales entran en la definición de cadáveres, ello también resulta innecesario, pues la materia es regulada en la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley 28189, del 18 de marzo del 2004.

El inciso 2 del artículo 4 continúa –para mi pesar y estoy seguro que de muchos otros– en la misma dirección que sus predecesores, es decir, carece de aquel carácter de “urgente” y “necesario” que supuestamente poseían todas las “enmiendas” propuestas al Código Civil.

Nuevamente, lo establecido en ese inciso nada nuevo dice, en tanto lo allí expresado se encuentra –lo reiteramos– dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.

Al ser el concebido sujeto de derecho no se le puede matar ni puede ser utilizado como un objeto, como se hace con los ratones de laboratorio. El artículo 1 del Código Civil vigente no permite utilizar al concebido para finalidades que impliquen vulneración de la vida humana o de su integridad.

Por otra parte, lo precisado en el proyectado inciso 3 constituye una materia largamente discutida en el derecho de personas y en el de familia, la que suele conocerse como “vientre de alquiler”.

Dicho tema no se encuentra regulado de manera específica en el Código Civil de 1984, lo que, sin embargo, no significa que no se cuente con una solución, al menos parcial, del problema.

El contrato de “vientre de alquiler”, al ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, es nulo, conforme al artículo V del Título Preliminar vigente.

Pese a la nulidad de este acto jurídico, por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres (artículo V), es evidente y lógico que si a pesar de ello se produjese la concepción, el niño no podría ser "declarado nulo".

Lo anterior supone la necesidad de optar, de decidir quién es la madre en una situación tan delicada como la planteada. El Código Civil vigente no realiza dicha elección. La comisión se ha pronunciado en favor de la mujer que prestaba el servicio, y que recibió una contraprestación por tener en su vientre un feto que en realidad pertenece a otra pareja. La comisión, en otras palabras, ha optado por establecer que el niño es de quien lo parió.

No puedo dejar de cuestionar esa decisión. No puedo entender cómo es posible que sea considerada como madre quien se comprometió, por dinero, a gestar un feto que no es suyo sino de una pareja de personas que se morían de ganas por ser padres, que son los titulares del óvulo y del espermatozoide y que han estado pendientes de su cuidado durante todo el embarazo.

Por cierto, la norma solo se refiere a la madre; pero, ¿qué hay del padre? Ante la omisión se entiende que el padre es el titular del espermatozoide, el cual probablemente sea el esposo de la mujer que como no parió a la criatura no es considerada madre por la comisión.

Supongo, tratando de entender su criterio, que la opción de la comisión es la de desincentivar este tipo de contratos de prestación de servicios, que son contrarios a la moral y a las buenas costumbres. No obstante, esta intención no me parece razón suficiente para consagrar, como lo hace la norma propuesta, una profunda injusticia.

La mujer que dio a luz no llevó al niño nueve meses en su vientre guiada por el

deseo de ser madre, sino cumpliendo con la prestación de un servicio sancionado como nulo por la propia ley. En cambio, los padres biológicos, que contrataron el servicio, sí lo hicieron por su deseo de ser padres.

Me parece en extremo lamentable que la comisión haya optado por consagrar la ficción sobre la realidad, lo que resulta contrario al derecho de familia en el cual la realidad es la que debe primar.

Debería analizarse con mayor detenimiento la situación, ver qué es lo mejor para la criatura. Estoy convencido de que, en principio, lo mejor no es que sea considerada como su madre una mujer con la que el niño no comparte vínculos genéticos, que utilizó su cuerpo como un objeto, que lucró con él, y, por si fuera poco, estafó a sus cocontratantes, es decir, a los padres biológicos del niño, incumpliendo con su parte del acuerdo. Además, lo más seguro es que esa mujer no tenga pareja estable.

¡Esa mujer es la que la comisión considera debe ser la madre!

En definitiva, estoy convencido de que esta norma no soluciona nada, pues, aunque en ella se establezca que la madre es quien dio a luz, un dispositivo como este no conllevará mágicamente a que los padres biológicos renuncien al niño, por la sencilla razón de que ese niño es suyo. El problema estaría presente durante toda la vida del recién nacido.

Lo antes expuesto me lleva a afirmar categóricamente que el inciso 3 proyectado constituye una barbaridad, ya que consagra la injusticia privilegiando la forma y la ficción.

En lo que concierne al inciso 4 proyectado, este busca evitar que los temas comentados, que dan contenido al artículo 4, sean desarrollados por normas que no tengan rango de ley.

Si lo que pretende la comisión es otorgar mayor seguridad respecto de temas tan delicados como estos, es obvio que cometió un error y uno muy serio.

Me extraña que la comisión no haya reflexionado sobre las consecuencias de establecer una norma como esta. Si el desarrollo del artículo 4 se realiza con una norma con rango de ley –algo contrario a la razón normativa–, lo consignado en ese artículo correría peligro.

Nos explicamos.

Generalmente las leyes son reglamentadas por normas de menor jerarquía, entre otras razones por una muy sencilla: ello impide que la reglamentación contravenga lo dispuesto en la ley.

Establecer que la reglamentación del artículo 4 se tenga que hacer por medio de otra ley implicaría consagrar que el reglamento pueda modificar el Código Civil, implica brindar la opción a que, con ese reglamento con rango de ley, se destruya la protección que, aunque en estricto no se consigue, se busca instaurar en el proyectado artículo 4. De haber contradicciones entre el reglamento con rango de ley y el artículo 4 primaría el reglamento por ser norma específica, por ser norma de igual jerarquía y, además, por ser norma posterior.

### 2.3 Con mucho miedo

En lo que respecta al artículo 4-A debo decir que este constituye una prueba irrefutable de esa vocación de regularlo todo, que se ha encontrado presente en cada propuesta de “enmienda” que se ha visto a lo largo de los años.

Este artículo nos introduce en un tema relativamente novedoso, el del genoma o mapa genético.

En el inciso 1 del artículo proyectado se observa ya un pronunciamiento de la comisión a favor de la manipulación genética, aceptándola *solo* para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades *graves*.

Admito que no puedo dejar de preguntarme por qué ese énfasis restrictivo, por qué sólo permitir la manipulación genética para enfermedades graves y no para todas las enfermedades, incluso para aquellas que sin ser mortales representan un fastidio, que implican molestias y que podrían ser resueltas a través de la manipulación genética.

Tras reflexionar sobre esa razón, no explicada por la comisión, me queda claro que se debe a ese “carga de conciencia” que se suele observar en todos los casos en los cuales el derecho toma partido por

---

Código Civil de 1984

Anteproyecto de reforma

---

#### Artículo 4.- Manipulación genética

1. El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves.
  2. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.
  3. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.
-

un tema científico. La comisión acepta la manipulación genética pero autolimitándose y autocensurándose, a fin de no ser censurada por la opinión pública.

Si esa autocensura, puesta de manifiesto en el proyectado inciso 1, puede, de alguna manera, ser criticada, la falta de coherencia del citado inciso y del que le sigue, esto es, del inciso 2, resulta aún más llamativa.

En el inciso 2 se establece que la manipulación genética está permitida *exclusivamente* para *finés terapéuticos*.

En primer lugar, creo necesario destacar que la regulación actual del Código prohíbe la manipulación genética con fines distintos al terapéutico. Basta recordar que en el artículo V del Título Preliminar se limita la validez de los actos, prohibiendo aquellos contrarios al orden público o a las buenas costumbres. De allí que, aun sin el artículo 4-A del anteproyecto, no está permitido –por citar un temor recurrente– el perfeccionar o eliminar razas, pues ello atentaría contra la igualdad y, por lo mismo, contra el orden público.

En definitiva, el ordenamiento jurídico, sin necesidad de “enmiendas” como las propuestas en el artículo 4-A, no carece de prohibiciones y sanciones vinculadas a la manipulación genética que no sea realizada con fines terapéuticos. El inciso 2 no introduce nada nuevo al ordenamiento legal, salvo una nueva contradicción.

Es que, como se aprecia al contrastar los incisos 1 y 2, resulta complicado interpretarlos en conjunto, habida cuenta de que la manipulación incluye en su definición a la modificación. Ambos incisos transitan por caminos que no convergen, limitándose el uno al otro con el uso de los términos *sólo* y *exclusivamente*.

El inciso 3 constituye una repetición del error de criterio demostrado ya en el proyectado inciso 4 del artículo 4, por lo que me remito a lo expresado respecto de este.

Para finalizar esta parte de mis comentarios, me queda por afirmar que el proyectado artículo 4, incluyendo al artículo 4-A, no es sino otra tentación académica en la que ha caído la comisión: la de convertir el Código Civil en un manual científico. La comisión ha olvidado que el Código, como cuerpo legal, debe contener normas lo suficientemente elásticas para dar solución a los problemas que se configuren sin que sea necesaria su modificación constante.

No hay justificación que avale la suelta “urgencia” y “necesidad” de introducir estas normas; los temas que en ellas se pretende regular, recurrentes en realidades foráneas, ya cuentan con regulación en nuestro Código Civil vigente, la cual –estoy convencido– es superior a la del anteproyecto.

#### 2.4 Cuidado con la libertad de prensa

El artículo 15 en vigencia es bastante extenso y, tal cual está redactado, no da lugar a problema alguno, por lo que no entiendo el porqué de la modificación propuesta.

La versión proyectada de artículo 15 hace que en vez de estar conformado por dos párrafos se le haya dividido en incisos. En el primero de ellos se observa una modificación que no es solo innecesaria sino también defectuosa, irreflexiva y problemática.

A diferencia del primer párrafo del artículo vigente, que contempla una relación de personas que tienen la facultad de otorgar la autorización para el aprovechamiento de la imagen y la voz de una persona ya fallecida, estableciendo además un orden de prelación entre ellas, el inciso 1 proyectado otorga aquella facultad a quienes tienen derecho a la titularidad de los bienes de dicha persona.

Las consecuencias negativas de esta modificación resultan evidentes, y son mu-

chos los ejemplos que se me ocurren para ilustrarlas.

Imaginemos el caso de una persona que tiene una hermana (a la que quiere mucho) que, como tal, no es heredera forzosa, por lo que dicho sujeto otorga un testamento ológrafo dejando su único bien mueble –y todo patrimonio– a una institución de caridad. De acuerdo al proyectado inciso 1 sería la institución de caridad y no su hermana la facultada a autorizar el aprovechamiento de la imagen y la voz de este sujeto tras su muerte.

Si este ejemplo ya nos demuestra el sentido de la opción adoptada por la comisión, un ejemplo más nos ayudará a comprender los problemas que podría originar.

Podría darse el caso de que un sujeto tenga un hijo, el cual –por ende– es su heredero forzoso, pero además legue parte de sus bienes a diversas instituciones. Así las cosas, serían varios los titulares de los bie-

nes y, por consiguiente, varios los facultados a autorizar el citado aprovechamiento.

¿Qué ocurriría en un caso como el planteado donde concurren varias personas a la sucesión y donde todos tendrían igual derecho a decidir, si fuera necesario llegar a un acuerdo por mayoría?

En mi opinión, es notorio que el actual artículo 15 resulta muy superior al propuesto, pues la norma en vigencia establece un orden de prelación entre los facultados para brindar la autorización, evitando, con ello, los problemas comentados.

Si hay algo que puede decirse del inciso 1 proyectado es que cae por su propio peso.

El inciso 2 del anteproyecto es casi igual al segundo párrafo del artículo vigente, salvo dos modificaciones. Se ha eliminado el término *decoro* y agregado la expresión *cuando se utilicen con fines comerciales*.

#### Código Civil de 1984

#### Anteproyecto de reforma

**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.

**Artículo 15.- Derecho a la imagen y a la voz**

1. 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 quienes tienen derecho a la titularidad de sus bienes.
2. 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 de 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, la reputación de la persona a quien corresponden o cuando se utilicen con fines comerciales.

La palabra *decoro*, al estar en directa relación con el pudor y formar parte de la intimidad de la persona, debió, en mi opinión, conservarse y no eliminarse.

El proyectado inciso 2 señala excepciones a la regla general, esto es, a que la imagen y la voz de una persona sean utilizadas con el asentimiento de esta y la autorización correspondiente. Tales excepciones se encuentran, a su vez, limitadas, de donde se sigue que el señalar el respeto por el decoro dentro de estas limitaciones busca proteger el derecho de las personas.

La comisión parece haber incluido el decoro dentro del término *reputación* y, por ello, han considerado como “urgente” y “necesario” eliminarla del texto. Me parece realmente curioso que la comisión, esta vez, tenga como consigna el no redundar, cuando ello es justamente lo que ha caracterizado al anteproyecto desde el artículo I del Título Preliminar.

Pienso que el término *decoro* debió mantenerse, pues en nada perjudicaba y, por el contrario, ayudaba a aclarar el panorama en cuanto a los límites en las excepciones que permiten el uso –sin autorización– de la imagen y la voz de una persona. Tratándose de una norma protectora de derechos, lo más conveniente es dejar una expresión que, aunque tiene varios significados, todos ellos son en beneficio de la persona.

En cuanto a la frase *con fines comerciales*, creo que, en general, aun cuando el artículo 15 vigente no se manifiesta al respecto, la razón misma ha evitado discusiones en las cuales se debata sobre la posibilidad de lucrar con la imagen y la voz de una persona pública o privada.

El problema, en todo caso, viene dado por la determinación de los alcances de la expresión *comercial*. ¿Solo se refiere a fines comerciales vinculados al dinero o también al aprovechamiento para fines distintos?

Con esa expresión plasmada en la norma un político podría sostener que sus opositores no pueden utilizar su imagen en sus campañas publicitarias, configurándose así restricciones en el orden político que podrían extenderse a otros ámbitos, como la propia libertad de expresión.

Así, por ejemplo, un noticiero televisivo que quiere promocionar su nuevo formato y, para tal efecto, utiliza las imágenes de políticos, podría ser objeto de quejas y reclamos por parte de aquellos, todas estas sustentadas en el artículo 15 proyectado, ya que el noticiero tiene, en última instancia, un fin comercial. Lo mismo podría ocurrir con los programas deportivos que no podrían sacar las imágenes de los deportistas sin su autorización.

Lo cierto es que la línea divisoria entre lo comercial y lo no comercial es más tenue de lo que parece a simple vista, por lo que una norma como la contenida en el proyectado inciso 2 resulta en extremo peligrosa. Los medios de comunicación podrían verse afectados o limitados en su libertad de actuación, mermando con ello la libertad de expresión y la libertad de prensa.

### 2.5 Tutelando lo ya tutelado

La comisión ha considerado “urgente” y “necesario” crear el artículo 16-A, el cual, en esencia, no es sino un resumen de lo ya establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993.<sup>1</sup>

1 Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

## Código Civil de 1984

## Anteproyecto de reforma

**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.

**Artículo 16-A.- Tutela de datos personales**

Toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información, de rectificación o cancelación de datos inexactos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron recogidos.

La Constitución establece ciertas excepciones que el proyectado artículo 16-A no prevé. Al ser esta una norma sin excepciones, su aplicación práctica se tornaría en extremo complicada.

En todo caso, no hay nada de "urgente" y "necesario" en su introducción, pues nada nuevo introduciría en el ordenamiento jurídico y, por ende, no ofrece nuevas soluciones.

No obstante, debo admitir que esta norma me ha resultado útil al permitirme cons-

tatar, una vez más, la falta de coherencia interna del anteproyecto y de los criterios que lo sustentan. Como se recuerda, la comisión eliminó el artículo 4, que señalaba la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, por encontrarse regulada en la Constitución y ser "urgente" y "necesario" no repetir los mandatos constitucionales. Sin embargo, esa misma comisión plantea introducir el artículo 16-A que, en estricto, es una síntesis de los preceptos de la Constitución que tutelan los datos personales.

(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. 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 ley y siempre que se refieran al caso investigado.

## 2.6 Dos acciones

Al contrastar el artículo 17 del Código vigente y el propuesto en el anteproyecto debo admitir ciertas bondades en el segundo.

Se ha ampliado la protección dada por la norma que ya no se circunscribe a la violación de los derechos sino que abarca incluso la amenaza, cambiando a los herederos por todo aquel con legítimo interés, y señala que la vía para accionar es la del proceso sumarísimo.

Estas bondades, sin embargo, no se encuentran exentas de crítica. En primer lugar, debo advertir que la amenaza y la

vulneración de los derechos se encuentran protegidas, de acuerdo a la Constitución y al Código Procesal Constitucional, por la vía de la acción de amparo o del hábeas corpus, de donde se sigue que la norma no introduce un tema nuevo, solo facilita una vía alternativa para tutelar los derechos en peligro de amenaza o vulneración.

Así, en la práctica, actualmente la vía natural para resolver la problemática descrita en el artículo 17 es la acción de amparo o el hábeas corpus, según el caso.

El Código Civil no recogía la vía procesal, por lo que el artículo 17 debía aplicarse por medio del proceso de conocimien-

### Código Civil de 1984

**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.

### Anteproyecto de reforma

**Artículo 17.- Tutela inhibitoria y cesatoria de los derechos de la persona**

1. La amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado.
2. Cuando el daño es producido por dos o más personas la responsabilidad es solidaria.
3. Las pretensiones a que se refiere este artículo se tramitan conforme al proceso sumarísimo.

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

7. 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 agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

to. Ello hizo que nadie recurriera a tal norma, en vista de que la acción de amparo constituía un mecanismo más veloz.

Por otro lado, es importante señalar que hoy la acción de amparo es usada en exceso, siendo objeto de uso y abuso para detener cualquier cosa y consagrar cualquier injusticia y cualquier ilegalidad. Con el cambio realizado en el artículo 17, que lo convierte en una vía casi tan veloz, si es que no igual o más que la acción de amparo, los abogados tenemos dos opciones para alcanzar esa misma consagración de la justicia o de la injusticia.

Creo que la norma en sí misma no es mala, las intenciones que la sustentan son legítimas, empero no se han medido las consecuencias prácticas. En teoría es una buena medida, pero hay que recordar que sobre la teoría predomina siempre lo real, es allí donde todo adquiere relevancia y, por ello, es eso lo que en verdad interesa.

Como última anotación respecto de este artículo, no puedo dejar de subrayar la defectuosa redacción de su inciso 2. La comisión nuevamente se ha valido de una verdad de Perogrullo; nuevamente se ha valido de la redundancia. En el inciso 2 se establece que cuando el daño es producido por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. ¿Qué, acaso no les bastaba con decir que la responsabilidad es solidaria y dejar al lector la difícil tarea de deducir que se refería a dos o más sujetos,

simplemente porque la solidaridad solo puede presentarse ante pluralidad de sujetos? ¡Qué poca fe nos tienen...!

---

### 3. NOMBRE

---

#### 3.1 *El hombre invisible*

El inciso 1 del artículo 19 propuesto constituye simplemente copia de la norma vigente.

El inciso 2 no tiene precedentes, y no los tiene porque nunca a nadie se le ocurrió que fuera necesario plasmar en el Código Civil algo tan evidente. ¿Acaso alguien pensó alguna vez que si su nombre apareciera mal escrito en un documento ello afectaría su identidad? ¿Si en un documento, en vez de *Mario* Castillo Freyre dice *Marco* Castillo Freyre, yo dejo de ser Mario Castillo Freyre? Por supuesto que no, pues la identidad de alguien no se afecta por un simple error tipográfico.

No me cabe duda de que una norma como la que se pretende instaurar en el inciso 2 constituye la más extrema verdad de Perogrullo. Por si fuera poco, admitir una norma como esta, además de innecesario sería contraproducente, pues implicaría admitir la discusión teórica de que la afectación de la identidad sí es posible.

---

#### Código Civil de 1984

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

---

#### Anteproyecto de reforma

**Artículo 19.- Derecho al nombre**

1. Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Éste incluye los apellidos.
  2. El hecho de que el nombre aparezca escrito de manera errónea, distinta o incompleta en un documento, no afecta la identidad de la persona.
-

No entiendo qué criterio ha tenido en cuenta la comisión para proponer un inciso como este. Me resisto a creer que se haya considerado que debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no hay una norma de esa naturaleza, alguien podría sostener que por un error tipográfico un sujeto deje de ser quien es. Claro que no, todos sabemos que más allá de discusiones filosóficas (que no vienen al caso, pues nuestro Código no es ni tiene por qué ser un manual de filosofía), la identidad de la persona no puede verse afectada por un papel mal escrito.

### 3.2 ¿Igualdad de derechos?

El artículo 24 propuesto por la comisión puede y debe ser objetado, por un serio problema de fondo, además de manifestar defectos en su redacción.

La comisión ha considerado "urgente" y "necesario" consagrar la desigualdad entre hombres y mujeres o, mejor dicho, seguir acentuando esa desigualdad. El artículo 24 propuesto es una norma discriminatoria redactada en el siglo XXI.

Cierto, conserva el espíritu del artículo 24 vigente, pero ¿acaso la idea de un proyecto de enmiendas no era adecuar el Código a los nuevos tiempos? ¿Por qué en los nuevos tiempos se debe otorgar este derecho únicamente a la mujer; por qué no también al hombre?

El silencio en la Exposición de Motivos me lleva a pensar inmediatamente que el mantenimiento de una norma como esta no es casualidad, sino que se encuentra íntimamente ligada a la decisión de la comisión de eliminar el artículo 4 vigente, en el que se señala la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Supongo (pues no me queda más que suponer ya que la comisión no se ha pronunciado al respecto) que el artículo 4 fue eliminado no solo porque la igualdad está consagrada en la Constitución, sino también para que el artículo 24 y aquel no se contradigan. Otra razón que se me ocurre es que en la comisión solo uno de sus miembros es mujer.

Es cierto que el artículo 24 vigente también es portador de esa desigualdad, pero entró en vigencia hace más de 21 años, cuando el reconocimiento de la igualdad

#### Código Civil de 1984

**Artículo 24.-** La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

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

#### Anteproyecto de reforma

##### Artículo 24.- Apellido de la mujer casada

1. La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Sin embargo, podrá conservarlo de común acuerdo.
2. También podrá conservarlo mediante autorización judicial si con tal apellido hubiere alcanzado notoriedad en su círculo social o prestigio en actividades profesionales, artísticas, literarias u otras análogas.
3. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

no había alcanzado el desarrollo y la promoción que tiene hoy.

A ello se puede agregar la mala redacción de la que hace gala esta norma, como se observa en el inciso 1. Una lectura del texto allí establecido permite apreciar con claridad la contradicción interna producto de la defectuosa redacción. La primera oración otorga a la mujer el derecho de llevar el apellido del marido y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. En la segunda, en cambio, se establece que cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Si bien ese defecto en la redacción se encuentra presente en el actual artículo 24, no entiendo por qué la comisión no procedió a subsanarlo. Si se quiere preservar un artículo que acentúa la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo mejor sería que no conservara también sus defectos de redacción. El inciso sería más claro si se eliminara de la primera oración la frase "... y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio".

Pero el que no se haya mejorado la redacción en este inciso no es lo único que llama la atención, sino también el que se haya agregado que de común acuerdo la mujer puede conservar el apellido del marido a pesar de que el matrimonio haya

sido declarado nulo o se haya disuelto. A decir verdad, debería meditarse mucho más sobre los alcances de este extremo de la norma propuesta.

Por otra parte, el inciso 2 busca que la mujer que ha llevado el apellido del marido y ha alcanzado con él reconocimiento, no se vea perjudicada. Aunque en principio es una medida que parece acertada, considero que también es un tema que necesita mayor reflexión, pues además del punto de vista de la mujer está el del ex esposo y, de tenerla, el de su nueva esposa.

Por último, el inciso 3 se limita a repetir lo que el vigente artículo 24 ya señala.

Aunque puedan considerarse menores los defectos de forma que se encuentran presentes en la redacción del proyectado artículo 24, lo cierto es que este precepto se sustenta —todo él— en una premisa errada que hace, por ende, que no deba prosperar.

---

#### 4. DOMICILIO

---

##### 4.1 *Todo tiempo pasado fue mejor*

El artículo 40 del Código Civil vigente ha sido y es objeto de muchas críticas, todas ellas, en mi opinión, justificadas. El artícu-

---

#### Código Civil de 1984

**Artículo 40.-** El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.

La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.

---

#### Anteproyecto de reforma

**Artículo 40.- Cambio de domicilio**

El cambio de domicilio no produce efectos si no ha sido puesto en conocimiento de los interesados mediante comunicación indubitable.

lo propuesto en el anteproyecto es, desde cualquier punto de vista mejor, superior al vigente.

Lo curioso es que el artículo propuesto es prácticamente una copia del artículo original del Código Civil de 1984, pues —como sabemos— el defectuoso artículo 40 en vigencia es fruto de una modificación realizada como consecuencia de una reforma introducida en el 2002.

Así, la propuesta formulada por la comisión no trae nada nuevo, pues simplemente retorna al texto original, que era bueno, pero con una sola diferencia. La nueva norma, en vez de emplear el término *acreedor*, adopta un cambio que siempre fue sugerido: el de *interesado*.

En definitiva, el artículo 40 es una muestra clara de que el texto original del Código de 1984 era bueno, reflejando también la manera en que las reformas irreflexivas pueden hacerlo malo.

---

## 5. CAPACIDAD

---

El anteproyecto parte de la idea de que todos tienen capacidad y que, por lo tanto, no puede hablarse de *capaces* e *incapaces*. Esta advertencia, sin embargo, no constituye otra cosa que una sutileza de escuela, pues todo el medio jurídico reconoce la diferencia entre capacidad e incapacidad, es decir, los términos que se emplean actualmente no producen inconveniente alguno.

Tratar de que la puridad terminológica sea la brújula, no es lo más conveniente. Está bien, todos tienen capacidad de goce e incluso, gracias a figuras como la representación, todos tienen capacidad de ejercicio; no obstante, ello no significa que sea imprescindible modificar todo el sistema cuando lo que se quiere lograr es lo que ya

se tiene, si bien no con los términos que la comisión considera más adecuados. Todos, con uno u otro término, estamos diciendo lo mismo, coincidimos en el sentido y en el espíritu que persiguen las normas, por lo que no hay por qué cambiarlas.

Cuando existe una norma con una denominación defectuosa (que en este caso ni siquiera es defectuosa) de una determinada institución, pero todo el mundo la conoce con ese nombre, más vale vencer la tentación académica y dejarla así para evitar confusiones. En este caso, la comisión no ha podido resistirse a esta tentación.

La nueva regulación que se propone tendría que armonizarse con el contenido de otros artículos del Código que se refieran al mismo tema, lo que en la práctica y en beneplácito de quienes desean una reforma integral del Código, implicaría modificar innumerables normas con el único fin de adaptarlas a la nueva terminología.

Partiendo de esta premisa, me acerqué al Título V para darme con la sorpresa de que a pesar de que la comisión ha considerado como “urgente” y “necesario” evitar las referencias a la capacidad y a la incapacidad de las personas, tomando como referencia si el sujeto se encuentra o no sometido a tutela, curatela o patria potestad, se mantiene el uso de la expresión *capacidad*, la misma que se emplea para dar nombre a la sección.

Hechas las advertencias correspondientes, toca ahora revisar cada una de las modificaciones propuestas.

### 5.1 Galimatías

Al contrastar el artículo 43 vigente con el texto propuesto no es difícil notar las variaciones; empero, en esencia, las normas no se diferencian radicalmente entre

## Código Civil de 1984

## Anteproyecto de reforma

## Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosmudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

## Artículo 43.- Sujetos sometidos a patria potestad, tutela y curatela

1. Los menores de dieciocho años de edad están sujetos a patria potestad o tutela, según el caso, para el ejercicio de sus derechos, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Quienes, por cualquier causa, estén habitualmente privados de discernimiento o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, deben estar sujetos a curatela, siempre que hayan sido declarados interdictos.

sí. El artículo propuesto por la comisión dice lo mismo que el vigente, pero creando confusiones al mezclar en una norma a todos los menores de edad, ignorando la distinción que hoy hacemos entre los que siendo menores de edad tienen más de dieciséis años y los que todavía no han cumplido esa edad. Los primeros vendrían a ser incapaces relativos y los segundos incapaces absolutos.

## 5.2 Galimatías, segunda parte

Ahora bien, si seguimos revisando la propuesta, llegamos al artículo 44, en el que nuevamente encuentro una serie de cambios que considero importante anotar. En vez de la frase *son relativamente incapaces* ahora se utiliza la expresión *son sujetos con capacidad de ejercicio restringida*. Esta modificación es simplemente de lenguaje, pues en esencia —que es al fin y al cabo lo que importa— el cambio resulta intrascendente.

El literal a) propuesto empieza señalando dentro de este grupo de sujetos a los retardados mentales, quienes en la norma vigente se encuentran en el inciso 2. Lo

relevante, en todo caso, es que se haya eliminado de la lista a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, situación que, a mi modo de ver, no es una decisión acertada, pues se les debió mantener y así evitar confusiones inútiles.

El literal b) propuesto tampoco es nuevo, habida cuenta de que repite lo dispuesto actualmente en el inciso 3, pero de manera imperfecta. Si se comparasen ambos textos, resultaría más que evidente que el original supera al propuesto. Y es que no se trata solo de tener un trastorno mental, por más severo que pueda ser; lo que importa es que ese trastorno impida que el sujeto exprese su libre voluntad. Una persona, por ejemplo, puede sufrir de una severa depresión (trastorno mental) y, sin embargo, ser capaz de expresar su libre voluntad, razón por la cual no habría por qué restringirle su capacidad de ejercicio.

El literal c) propuesto corresponde al actual inciso 6; dice exactamente lo mismo aunque con palabras distintas. ¿Por qué el cambio? Probablemente porque la comisión prefiere el empleo de eufemismos; otra justificación no hay.

El comentario anterior, relativo a la falta de trascendencia en la motivación de las propuestas, también se aplica a los cam-

## Código Civil de 1984

## Anteproyecto de reforma

Artículo 44.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurrn en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Artículo 44.- Sujetos con capacidad de ejercicio restringida

1. Son sujetos con capacidad de ejercicio restringida:
  - a) Los retardados mentales.
  - b) Los que sufren de severo trastorno mental.
  - c) Los dependientes crónicos del alcohol.
  - d) Los adictos a las drogas.
  - e) Los que sufren pena que conlleva la inhabilitación.
  - f) Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial están impedidos, incluso temporalmente, del cuidado de sí mismos o de la disposición y administración de su patrimonio.
2. La capacidad de ejercicio restringida deberá ser declarada judicialmente.

bios planteados en los literales d) y e), correspondientes a los actuales incisos 7 y 8, respectivamente.

A diferencia de los literales mencionados, sí resulta significativa la introducción del literal f), aunque no en un sentido positivo.

Pero mejor es analizar este precepto por partes. Dentro de tal orden de ideas, cabe destacar lo innecesario de mencionar a quienes tienen una discapacidad mental o sensorial, pues estos ya se encuentran comprendidos en otros supuestos.

En cambio, sí hay que tener sumo cuidado con lo señalado respecto de la discapacidad física, que incluso puede ser temporal. Meditando al respecto me pongo en el supuesto de una persona que sufre un accidente y, por ende, no puede cuidar de sí misma y no puede salir a hacer sus cosas. Lo lógico es que en un caso como el planteado, dicha persona otorgue poder a alguien, en su acepción estrictamente jurídica, empleada por el derecho al regular el tema de la representación o, por último, que encargue a otros la realización

de sus asuntos, en calidad de nuncios o mensajeros.

Así las cosas, si la discapacidad que tengo es física, pero mis facultades mentales están intactas, ¿acaso la figura pertinente no sería la de la representación? ¿Por qué alguien debe tener la facultad de declararme como sujeto *de capacidad de ejercicio restringida*? Esto, simplemente, sería inaceptable.

Para comprobarlo bastaría imaginarse a un anciano que tenga pleno uso de sus facultades mentales y que, sin embargo, necesite de cuidados especiales por problemas físicos que no le permiten valerse por sí mismo. Dicho anciano es titular de un patrimonio envidiable, por lo que su nieto *decide* declarar judicialmente su *capacidad de ejercicio restringida*, amparándose en el propuesto literal f) del artículo 44.

Con este ejemplo se observa claramente que la norma propuesta es muy peligrosa, pues abre la puerta para que se despoje a un sujeto del control de su patrimonio, restringiendo su capacidad de ejercicio, a

pesar de que esa persona aún tiene el control mental de sí misma.

Gracias al literal f) propuesto, cualquier sujeto podría encajar en el artículo 44, lo que contraviene el principio por el cual aquello que debe primar es si la persona tiene o no discernimiento. La lista –en principio taxativa– se amplía amenazante, siendo capaz de absorber a cualquiera.

Por último, el inciso 2 propuesto constituye un cambio que la comisión ha debido realizar como lamentable consecuencia de la modificación del modelo jurídico adoptado.

### 5.3 El asistente

Como se puede observar, la norma propuesta por la comisión es más extensa que el artículo vigente. Lo curioso del asunto es que esa extensión se debe a que mientras en el sistema actual se utiliza el término incapaces para incluir a todos los sujetos comprendidos en los artículos 43 y 44, el texto propuesto, al no tener cómo denominarlos de manera conjunta, debe recurrir a una descripción de dichos sujetos.

Pero la confusión no termina allí, sino que llega a niveles insospechados con la introducción de la figura de la *asistencia*, sin especificar quién es el *asistente* o para qué sujetos –de los comprendidos en los artículos 43 y 44– es aplicable.

Lo único que se me ocurre es que la figura ha sido creada para aquellas personas comprendidas en el temerario literal f) del inciso 1 del artículo 44, propuesto. No obstante, reitero, aquí ya nada es claro.

A decir verdad, este dato no solo es anecdótico sino también significativo, habida cuenta de que muestra la falta de claridad que generaría el nuevo sistema, la confusión que produce, pues no permite diferenciar con precisión los sujetos comprendidos en el artículo 43 y aquellos comprendidos en el artículo 44, en el sentido de que no presenta un criterio que permita esclarecer el porqué de la sistematización.

### 5.4 Confusión

Si hay algo significativo que comentar en esta norma no son tanto los cambios, sino el que se mencione a los mayores de dieciséis años que habían sido olvidados y sacados del artículo 44, precepto que, en el Código actual regula el tema de la incapacidad relativa.

Se entiende que en tanto el anteproyecto no los menciona en el artículo 44, los mayores de dieciséis años se encuentran comprendidos en el inciso 1 del artículo 43 propuesto. Esto puede generar que no sea descabellado sostener que los artículos 43 y 44 no difieren en esencia el uno del otro,

#### Código Civil de 1984

**Artículo 45.-** Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

#### Anteproyecto de reforma

#### **Artículo 45.- Representantes legales**

Los representantes legales de las personas comprendidas en los supuestos de los artículos 43 y 44 ejercen los derechos de éstas conforme a las normas referentes a la patria potestad, tutela, curatela y asistencia, según el caso.

## Código Civil de 1984

**Artículo 46.-** La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

## Anteproyecto de reforma

**Artículo 45.- Representantes legales**

**Artículo 46.-** Cese de la restricción de la capacidad de ejercicio

1. La restricción para el ejercicio de derechos y deberes de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que las autorice para ejercer una profesión u oficio.
2. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.
3. Tratándose de personas mayores de catorce años cesa la restricción de la capacidad de ejercicio a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
  - a) Reconocer a sus hijos.
  - b) Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
  - c) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

de modo que no son claros sus lineamientos ni sus consecuencias. En definitiva, se sigue percibiendo la confusión que se deriva del nuevo sistema que solo crea problemas allí donde no los había; y todo por sutilezas de escuela que, estoy convencido, no interesan para nada a quienes en la práctica ejercen la abogacía.

Sin perjuicio de lo expuesto, este artículo no presenta modificación sustancial alguna; el cambio "urgente" y "necesario" está encaminado a adaptar la citada norma proyectada a la nueva terminología. Además de eso, el contenido esencial es el mismo.

Pero lo más absurdo del asunto es que serán necesarios muchos cambios de este tipo orientados a dar uniformidad al lenguaje utilizado por el Código en este nuevo, confuso y defectuoso sistema que la Comisión considera "urgente" y "necesario" implementar.

Ello me lleva a preguntar a cuántas ascenderán las enmiendas que, como en

este caso, solo buscan "enmendar" o, al menos, hacer menos evidentes los propios errores de las enmiendas propuestas.

Para finalizar la revisión de las modificaciones propuestas para el Título V, denominado por la comisión como *Capacidad*, no puedo dejar de resaltar nuevamente lo caótico del escenario que plantea el anteproyecto. Un escenario oscuro en el que se aplica a la perfección una vieja frase que alguna vez escuché pronunciar a mi dilecto amigo, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, la cual tomo prestada: "A estas alturas de la vida, lo que no entiendo está mal".

Si hay algo que sí entiendo es que el sistema que se quiere instaurar innecesariamente solo generaría confusión, acompañada de más confusión, lo que refleja, una vez más, uno de los grandes problemas de nuestro medio, esto es, el deseo de importar cualquier doctrina, sin siquiera analizar primero si esa importación es necesaria o conveniente para nuestra realidad.