

Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*

Por Carlos Fernández Sessarego

1. Un antiguo problema que se replantea en nuestros días

Un problema que a nuestro parecer ha complicado modernamente la comprensión de lo que es la “persona” para el derecho es el de la sistemática confusión producida entre este concepto y el de “personalidad”.

Estimamos que históricamente ha faltado un pulcro deslinde conceptual entre ambas nociones, así como entre la de “personalidad” y la de “capacidad jurídica”. Cabe recordar a este propósito que con el término “personalidad” se alude, indistintamente, tanto a la “persona”, que es un *ser*, como a la “capacidad”, que es un atributo inherente a la persona. Es evidente que dicha ausencia de claridad en el deslinde entre tales nociones ha conducido a la disciplina o ciencia jurídica a una innecesaria como peligrosa confusión en asuntos donde, por su básica importancia, debería haber imperado la mayor y más nítida asepsia o pulcritud conceptual. Ello, no se ha producido totalmente y el enmarañamiento conceptual predomina en ciertos sectores de la doctrina jurídica.

A la confusión señalada en precedencia debemos añadir aquella que surge entre los conceptos de “sujeto de derecho” y de “persona”. Durante un extenso período de tiempo ambas nociones se han considerado equivalentes. No existía otro sujeto de derecho que la persona. En los últimos tiempos se ha hecho indispensable, como se referirá más adelante, distinguir ambos conceptos. El “sujeto de derecho” es el ente al cual se imputan de situaciones jurídicas subjetivas¹. Tradicionalmente estos entes eran sólo las personas “naturales” y las personas “jurídicas”. El Código Civil peruano de 1984 ha puesto de manifiesto que en el derecho existen hasta cuatro “sujetos de derecho”. En efecto, a los antes mencionados deben agregarse tanto el “concebido” como la “organización de personas no inscrita”.

Los juristas, vale la pena recordarlo, están obligados a perseguir la verdad jurídica, que no es otra cosa que la plena coincidencia entre el *concepto* y el *ente* mencionado por aquél. Es decir, saber, por ejemplo, a qué entes aludimos con los conceptos de “persona”, “personalidad”, “capacidad” y “sujeto de derecho”. ¿Se trata de un mismo ente o, por el contrario, son entes diferentes? Esta sería la pregunta que deberíamos esforzarnos por responder fundadamente pues no es lo mismo, por ejemplo, utilizar el concepto “árbol” para designar, indistintamente, a

* [Bibliografía recomendada](#). Publicado en “Persona”, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, n° 24, dic. 2003.

¹ Sobre los alcances del concepto “situación jurídica subjetiva”, ver Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, 1ª ed., Bs. As., Astrea, 1992, p. 54 y ss., 2ª ed., Lima, Grijley, 1999, p. 49 y siguientes.

tres diversos entes como son un árbol, un caballo y una silla. Ciertamente que, en este caso, nadie dudaría a que ente designamos con el concepto “árbol”.

No deberíamos ahorrar esfuerzos analíticos, tanto filosóficos como dogmáticos, para que un problema semejante no ocurra –o siga ocurriendo– tratándose de los conceptos cuyo significado nos preocupa y a los cuales venimos refiriéndonos. Es decir, y en otros términos, los juristas no deberían, por inercia, contribuir a enmarañar desaprensivamente la compleja selva de conceptos o categorías jurídicas que constituyen el fundamento de nuestra disciplina.

No escapa a nuestro conocimiento que, como anota Recaséns Siches con razón, la confusión existente en cuanto al concepto “persona” para el derecho “ha embarullado de modo lamentable el pensamiento jurídico durante siglos”². Fue esta confusión, que nos impedía avanzar como estudiantes en la espesura del bosque del derecho, la que nos movió, en primera instancia, a profundizar la materia. Fruto de este intento fue el libro *La noción jurídica de persona* que editara la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1962. En sus páginas dimos cuenta de la existencia del problema, de la exigencia por resolverlo y de las opiniones vertidas al respecto³.

2. Trascendencia del tema

El esclarecer la noción jurídica de “persona” se nos presenta como un problema fundamental del derecho. Ello es indiscutible. Así lo reconocía León Barandiarán, en 1962, al decir que “la calificación del ente humano *sub species juris*, es tema fundamental de la ciencia jurídica”. Afirmaba a este propósito que “es su tema central”. De donde concluía que, “por eso, continuamente es necesario recapacitar en él, e ir considerando y reconsiderando los complejos asuntos que se ofrecen dentro de la unidad del tema”⁴. Este breve artículo cumple con seguir el atinado consejo del maestro de toda la vida al volver, una vez, sobre la materia.

La opinión de León Barandiarán sobre la trascendencia del concepto “persona” es compartida por todos los juristas o, al menos, por la inmensa mayoría de ellos. Por nuestra parte, no conocemos excepción alguna. En la Argentina, en 1947, dentro de la misma línea de pensamiento, Alsina sostenía que “todo detenido examen de la sociedad, el derecho y el Estado, debe necesariamente girar en torno a la persona humana, principio, medio y fin de ellos, a punto tal que fija su sentido y destino, como la evolución humana lo pone de manifiesto”⁵. En igual sentido se pronuncian juristas de diversas latitudes y épocas, ya sea en España, Francia, Alemania, entre otros. En el primero de estos países el tratadista Castán Tobeñas sostiene que “el hombre es el centro del derecho”⁶, mientras que Ennecerus, en

² Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 260.

³ Fernández Sessarego, Carlos, *La noción jurídica de persona*, 1ª ed., Lima, Universidad de San Marcos, 1962, p. 101 y ss., 2ª ed., 1968.

⁴ León Barandiarán, José, en el *Prólogo* al libro de Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, 1ª ed., p. 9.

⁵ Alsina, Ramón M., en el *Prólogo* al libro de Zambrano, David (h.), *Persona y derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1947, p. 1.

⁶ Castán Tobeñas, José, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 2ª etapa, t. XXIV, n° 192, Madrid, p. 5.

Alemania, considera que la persona “constituye la condición previa de todos los derechos”. Saleilles, en Francia, afirma que el concepto de persona hace cuestionables todos los problemas relativos al fundamento del derecho⁷.

Los problemas que se presentaban para desentrañar una única noción de “persona” nos movieron a sostener en 1962 que “es pues confusión de siglos la que existe en torno a la persona. Ello demuestra que el tema es arduo, asaz difícil. Y, sobre todo, que sigue siendo problema”⁸. Cuarenta años después que hiciéramos esta afirmación pareciera que cierto sector de la doctrina se empeña en mantener la confusión conceptual advertida impidiendo, de este modo, obtener la pulcritud conceptual que venimos reclamando desde siempre.

Desde que ingresamos a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en un ya lejano año de 1945 del siglo XX, nos enfrentamos con el “problema” de desentrañar el concepto de “persona”, tan llevado y tan traído por la doctrina y la jurisprudencia comparada de aquella época. En aquel tiempo, no llegábamos a comprender cuál era la distinción –si la hubiere– entre las nociones antes señaladas. Nos preguntábamos, por ello, con natural perplejidad, si era correcto emplear dichos conceptos, tal como se solía hacer por la doctrina, como equivalentes. Es decir, si era lo mismo “persona” que “personalidad”, así como si igual confusión existía entre “personalidad” y “capacidad”. Finalmente, inquiríamos con frecuencia y en permanente soliloquio, si los derechos subjetivos se atribuyen a la “persona” o, como se sostenía en aquella época, a la “personalidad”.

No obtuvimos, pese a los esfuerzos desplegados, una respuesta clara que, como estudiantes del primer año de Facultad, despejara nuestra inquietud por delimitar los contenidos y significados de dichos conceptos con los que nos tropezamos el primer día de nuestro ingreso a Derecho. Fue, por ello, que comenzamos a reflexionar sobre ellos en busca de una respuesta a una exigencia personal por lograr la tan ansiada claridad conceptual⁹. No obstante, por razones metodológicas, nos vimos forzados a reflexionar primero sobre el significado del concepto “derecho”, ya que sobre el mismo encontramos también hasta por lo menos tres posiciones divergentes. Así lo anotábamos en 1962 al dejar constancia que “otra circunstancia que indudablemente ha contribuido a confundir la materia relativa a la persona es el que los propios jusfilósofos y juristas no se han puesto aún de acuerdo sobre una concepción única de lo que sea esto que se llama derecho”¹⁰. Fue así que nuestra tesis de bachiller en derecho¹¹ la dedicamos a reflexionar sobre el obje-

⁷ Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, p. 13.

⁸ Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, p. 14.

⁹ Al advertir la confusión antes anotada decíamos que el problema atinente a la *persona* nos “asalta detrás de cada artículo del Código; furtivamente nos sobresalta en cualquier coloquio jurídico”. Comprobábamos que “nos encontramos con infinidad de respuestas, en ésta y en otras épocas, muchas contradictorias, otras asistemáticas, volcadas en manuales y tratados que nos brindan, con inusitada frecuencia, cuestionables soluciones”. Y, agregábamos que es “posible advertir, para quién se sumerja en la consulta de libros y folletos sobre la materia, como es frecuente la idea ‘encapsulada’, estereotipada, que pasa de libro en libro y de generación en generación, sin que se adopte frente a ellos una actitud crítica” (Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, p. 15).

¹⁰ Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, p. 17.

¹¹ En 1950 presentamos ante la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos la tesis *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, en la cual, como solución al problema, ideamos la teoría tridimensional del derecho. Luego de 37 años de permanecer inédita se publicó

to “derecho” para luego, en la de doctor en derecho, ocuparnos del concepto “persona”¹².

En los últimos años nuestra inquietud se acrecentó, pues consideramos que habían muchos más conceptos que los hasta ahora mencionados, que requerían ser confrontados y revisados para deslindar sus fronteras e ir precisando, hasta donde ello es posible, nociones que pudieran ser compartidas por un cada vez mayor sector de la doctrina. Así, la mencionada revisión se ha producido paulatinamente en cuanto a los conceptos de ser humano, persona, hombre, personalidad, individuo, capacidad, sujeto de derecho para encontrar sus coincidencias o sus divergencias. En un reciente trabajo volvemos sobre el tema¹³.

3. La misma inquietud, medio siglo después

El lector se preguntará, probablemente, ¿por qué nos referimos ahora, en el umbral de un nuevo siglo, una vez más, al tema que nos ocupa desde antaño y que para nosotros ya lo teníamos resuelto? El elemento desencadenante para producir estas breves cuartillas de repensamiento de la cuestión se explica por la lectura que hicimos, no hace mucho tiempo atrás, del interesante y valioso libro de la profesora Vila-Coro titulado *Introducción a la biojurídica*. Nos llamó la atención que en este sugerente libro se planteara, a la vuelta de más de medio siglo de distancia de nuestra juvenil perplejidad, la misma inquietud y la misma pregunta que nos asaltara de estudiantes y que tratáramos de responder en nuestro libro *La noción jurídica de persona*, en 1962.

Creíamos que el tema relativo a los alcances del concepto de “persona” para el derecho había quedado zanjado. Pero la propuesta de Vila-Coro nos hizo pensar que no era así y que deberíamos recordar la sabia recomendación –antes referida– que León Barandiarán, formulara en el *Prólogo* de nuestro libro. El maestro, como lo hemos anotado en precedencia, opinaba –ahora lo comprendemos mejor– que, en cuanto al concepto de persona, es necesario recapacitar continuamente en él, e ir considerando y reconsiderando los complejos asuntos que el tema nos plantea. Cuando el maestro dejó sentado dicho punto de vista no tenía en mente, como tampoco nosotros que a la vuelta de algo más de dos décadas tendríamos que repensar la relación entre “sujeto de derecho” y de “persona”, reto que tuviéramos que afrontar cuando elaboramos el Código Civil de 1984.

4. El concebido ¿es sujeto de derecho?

La profesora Vila-Coro, a propósito del *nasciturus*, sostiene que, pese a las “doctrinas filosóficas dispares” que han intentado fundamentar o negar sus dere-

como libro bajo el título de *El derecho como libertad* por la Editorial Studium de Lima, en 1987. Existe una segunda edición por la Universidad de Lima de 1994.

¹² Nuestra tesis de doctor en derecho vio la luz como libro en 1962 bajo el título antes referido de *La noción jurídica de persona*.

¹³ Fernández Sessarego, Carlos, *Qué es ser “persona” para el derecho*, en Ameal, Oscar J. (dir.), “Derecho privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres”, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 129 y siguientes.

chos, los avances de la biología y la medicina “permiten actualmente conocer cuándo comienza la vida propiamente humana y determinar precozmente su existencia”. Luego de esta comprobación, afirma que este “importante testimonio requiere que sean revisadas nociones tales como *sujeto de derecho, personalidad y capacidad jurídica*”¹⁴. Es decir, Vila-Coro recae en la misma preocupación que, hace muchos años atrás, nos condujo a efectuar, en 1962, la tarea que ella propone en 1995: la de revisar los conceptos de sujeto de derecho, personalidad y capacidad jurídica. La diferencia está en que nosotros incluimos entre los conceptos que se deben revisar, en concordancia con las anteriores nociones, el de “persona” así como el del *nasciturus*.

Nuestra conclusión en cuanto a la categoría de “sujeto de derecho” que corresponde al concebido, después de muchos años de espera no exenta de fatiga, se pudo afortunadamente concretar –por primera vez en la historia de la codificación civil comparada– en el art. 1° del Cód. Civil peruano de 1984. En este numeral se enuncia que el concebido o *nasciturus* es, sin más, un “sujeto de derecho”. Es decir, el Código Civil peruano de 1984 se anticipó, así, a los extraordinarios avances de la biología y la medicina referidos por Vila-Coro en su mencionado libro.

Para fundamentar nuestro planteamiento sobre el concebido, que parte de la diferenciación conceptual de las nociones de “sujeto de derecho” y “persona natural”, nos apoyamos, más bien, en la filosofía y en la realidad. La biología y la medicina han confirmado dicho aserto. Ello hace posible comprender, después de un buen tiempo, por qué razón el Código Civil peruano ha sido tomado como modelo en la codificación civil en cuanto al concebido como “sujeto de derecho”. Son diversos los ensayos que desde la década de los años ochenta del siglo XX le hemos dedicado al tema del concebido¹⁵.

Vila-Coro, en 1995, llega a la misma solución que se consigna en el art. 1° del Cód. Civil peruano de 1984 cuando sostiene que “el estudio del derecho subjetivo y de los derechos civiles muestra que el *nasciturus*, realidad auténtica irreductible a ninguna otra realidad, es también sujeto de derecho. Lo prueba la necesidad en que se ha visto el ordenamiento jurídico de recurrir a la ficción, de tener al concebido por nacido, para no conculcar sus derechos”¹⁶. Dicha profesora confirma algunos de los argumentos que nos permitieron que el codificador peruano de 1984 admitiera que el concebido es un “sujeto de derecho”.

5. El aporte de la filosofía

Pero aparte de esta inquietud compartida sobre los conceptos fundamentales del derecho, nos permitiríamos expresar que, al lado de la biología y de la medicina –como certeramente señala Vila-Coro– no podemos desconocer el decisivo aporte

¹⁴ Vila-Coro, María D., *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense, 1995, p. 24 y 25.

¹⁵ Sobre el tema ver de Fernández Sessarego, Carlos, entre otros, los siguientes trabajos: voz *Concebido* en la Enciclopedia Jurídica Omeba, t. V, Apéndice, Bs. As., Driskill, 1986 y *Tratamiento jurídico del concebido*, “Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. Este trabajo se reprodujo en el “Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez”, Lima, Cultural Cuzco, 1988.

¹⁶ Vila-Coro, *Introducción a la biojurídica*, p. 25.

que, para el esclarecimiento del tema que venimos tratando, proviene del pensamiento cristiano y de la escuela de la “filosofía de la existencia”¹⁷, cuyos más notorios representantes penetran con agudeza en el descubrimiento de la realidad de nuestro universo personal. Ello, sin que podamos sostener que, con su indagación, se ha resuelto la totalidad del misterio del ser humano en tanto libre, temporal y coexistencial. Bastaría citar a este propósito la precisa observación de Jaspers en el sentido que los seres humanos conocemos mejor todo lo que no somos, es decir, lo que se halla en el mundo exterior, lo que cada cual es¹⁸. Las tres notas antes referidas que definen al ser humano –libertad, temporalidad, coexistencialidad–, lo hacen, finalmente, impredecible. Es por ello, que cada ser humano, siendo igual a todos los demás, es sólo idéntico a sí mismo¹⁹.

Han sido precisamente la filosofía, en general, y la filosofía del derecho, en particular, los puntos de apoyo y de partida permanentes que, conjuntamente con la realidad de la vida cotidiana, nos han permitido, no sin fatiga y perseverancia, desarrollar una personal teoría de la persona así como otra sobre el derecho, trabajo que hemos desarrollado en el curso de más de medio siglo de permanente reflexión sobre estas básicas cuestiones. El poseer una noción personal sobre dichos temas se constituyó en nuestra preocupación central. Es, por ello, que casi todos nuestros ensayos, o todos sin excepción, están precedidos por una fundamentación filosófica en constante diálogo con la realidad de la vida, que es la fuente del derecho. La reflexión filosófica es útil en cuanto ella vale para iluminar la realidad, a fin de que veamos con mayor claridad muchos aspectos de ella a veces sumergidos en las tinieblas o en la bruma de nuestro conocimiento. Si la filosofía no cumple con esta tarea se convierte tan sólo en una mera especulación que permite ejercitar y mantener despierta y organizada nuestra mente.

6. Los conceptos “persona” y “personalidad”, ¿se refieren al mismo ente?

Un sector importante de la doctrina considera como sinónimos los conceptos de “persona” y de “personalidad”²⁰. Por ello, los utiliza indistintamente para referirse a un mismo ente que es el sujeto de derecho, es decir, la “persona”²¹. Así, numerosos autores para referirse a los “derechos de la persona”, que es el “sujeto de derecho” en cuanto ser humano, siguen refiriéndose a ellos con la equívoca expresión de “derechos de la personalidad”. Es decir, estiman a la “personalidad” como un

¹⁷ Nos referimos, entre otros pensadores, a Zubiri, Marcel, Jaspers, Sartre, Heidegger que, a pesar de sus diferentes enfoques, coinciden en lo fundamental: que el ser humano es libre, temporal y coexistencial. Más allá, claro está, de las conclusiones a las que cada uno de ellos arriba en cuanto a saber para qué nos sirven, como seres humanos, tales comprobaciones. En este último sentido cabe preguntarse ¿es el ser humano un ser para “la trascendencia”, a la manera de Zubiri, Marcel o Jaspers, o somos un ser “para la muerte” como lo sostiene Heidegger o un ser que se disuelve en la “nada” al decir de Sartre?

¹⁸ Jaspers, Karl, *La fe filosófica*, Bs. As., Losada, 1968, p. 45.

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 113.

²⁰ Entre los autores que identifican ambos conceptos recordamos a Jellineck, entre otros. Kelsen, por su parte, identifica ambos conceptos pero a nivel estrictamente normativo.

²¹ Como observará el acucioso lector, no utilizamos el adjetivo “humana” al lado del sustantivo “persona” pues consideramos que no existe otra “persona” que no sea el ser humano. Su empleo representaría, por ello, redundante.

ente titular de derechos y deberes, como sujeto de derecho. Desde nuestra perspectiva, la “personalidad” no es un ente, por lo cual no se le pueden atribuir situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes. La persona, en cambio, sí es un ente –lo somos cada uno de los seres humanos– por lo que se constituye en el sujeto de derecho. La persona, en cuanto ser humano, es una unidad psicósomática sustentada en su libertad²².

La personalidad, desde nuestra perspectiva, es tan solo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar *manera de ser*. Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta “personalidad” que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial. Esta visión de la personalidad es compartida por la profesora Vila-Coro cuando define a la personalidad “como la forma de manifestarse la persona ante el derecho”²³.

La “personalidad” es la expresión dinámica, cambiante, de la persona, de cada ser humano. La personalidad se forja, sobre una base genética, mediante el inexorable ejercicio de la libertad ontológica en que consiste el ser humano. La personalidad se va perfilando en el curso de la vida, mediante una sucesión de “haceres”, los mismos que se despliegan en el tiempo existencial, en el tiempo en que consiste el ser humano y que se inserta dentro del tiempo cósmico. La libertad y la temporalidad, dentro de un contexto coexistencial, permiten que cada ser humano, construya y tenga su propia e intransferible biografía. Es esta personal biografía, esta hoja existencial, la que lo delata como idéntico a sí mismo. Se trata de una identidad que resulta de la combinación de dos vertientes, una estática y permanente, y otra dinámica y cambiante. La estática, que está representada fundamentalmente por nuestra clave genética, y la dinámica, que se expresa a través de los rasgos de nuestra propia personalidad.

7. Personalidad e identidad dinámica

El novísimo concepto global de identidad, que combina la vertiente estática y la dinámica en una unidad, supera la antigua y restrictiva concepción de “identificación” con la que se aludía, únicamente, a la identidad estática. Esta última se manifestaba a través de las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos que determinaban un limitado concepto de “identidad”. En la actualidad el concepto de identidad incluye todas las manifestaciones de la personalidad²⁴.

La identidad personal resulta ser, por consiguiente, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea “uno mismo y no otro”. Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres

²² Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, Bs. As., Losada, 1943, p. 114.

²³ Ver el *Prólogo* de Manuel Albadalejo al libro de Vila-Coro, *Introducción a la biojurídica*, p. 18.

²⁴ Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*.

humanos sean iguales, determina la “mismidad”, el ser “uno mismo”. Se trata de una exigencia existencial, un interés natural, consistente en ser “el mismo” y no “otro”. La identidad personal es el plexo de características, tanto estáticas como cambiantes que hallamos en cada ser humano. La “personalidad” es la vertiente dinámica de la identidad, la misma que se proyecta hacia el mundo exterior, que se fenomenaliza y permite a los demás conocer a *cierta* persona, en lo que ella consiste como ser humano único e irrepetible.

En su vertiente estática la identidad personal es todo lo que no varía en el tiempo existencial. Sus datos, salvo excepciones, son invariables. Unos son recónditos, como la clave genética, o visibles como nuestro contorno físico o nuestro nombre. Los elementos estáticos son aquellos atributos o elementos con los que primero cada persona se hace visible en el mundo exterior. Es a través de ellos que se inicia una primera toma de contacto con el ser humano. Se trata, en suma, de los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o las características étnicas y físicas que hacen diferente una persona de otra sin mayores problemas. La persona es identificada de modo directo e inmediato por estas características externas y estables. La imagen y el nombre nos ofrecen una primigenia versión de la identidad personal. Detrás de estos factores visibles, con los cuales cada uno de nosotros nos hacemos presentes en el mundo exterior, existe un universo personal rico y complejo, inagotable, lo que impide descifrar por completo, como lo hemos apuntado, el misterio del ser.

La vertiente dinámica se despliega en el tiempo. En el instante de la concepción están dadas las tendencias que aparecerán más tarde en el correr de la existencia y que estarán sujetas al condicionamiento, más o menos intenso, del medio ambiente circundante, a la “circunstancia”, al decir de Ortega y Gasset, en la que cada cual hace su vida. Consideramos en este caso el concepto “medio ambiente” en su significado más lato. En él se incluyen desde el clima hasta la educación, entre otros diversos factores que se conjugan con las tendencias genéticas con las que hacemos nuestro “debut” en el mundo.

La vertiente dinámica de la identidad, que configura la personalidad de cada cual, está constituida por una multiplicidad de facetas, por diversos aspectos, los que expresan o ponen de manifiesto el patrimonio ideológico-cultural de cada persona. Es decir, es el resultado de la suma de pensamientos, concepciones del mundo, ideologías, posición religiosa, opiniones, creencias, actitud política, actividad profesional, carácter, vocación, rasgos psicológicos, sensibilidad, voluntad, inteligencia. Es decir, todo lo que hace que yo sea el que soy y no otro. Es la personalidad que se proyecta al exterior. Es, en síntesis, la “verdad personal”.

Cada ser humano, en cuanto tal, tiene una identidad intransferible. Cada persona, como elemento configurativo de su propia identidad, tiene una determinada “manera de ser”, una personalidad. Es aquí, en definitiva, donde radica la diferencia entre el ente, que es el ser humano en cuanto “persona” para el derecho, y su “personalidad” o “manera de ser” proyectada hacia el mundo exterior. La personalidad, en tanto el ser humano es libre y coexistencial, se constituye mediante un proceso “autocreativo”, abierto en el tiempo existencial en el que ella se enriquece o se empobrece según las circunstancias pero, donde, en definitiva se configura.

8. Orígenes filosóficos de la identidad personal

El descubrimiento de la identidad personal como un interés existencial digno de ser protegido por el derecho tiene su origen en la filosofía y de ahí pasa a la filosofía del derecho para, luego, ser asumida por la dogmática jurídica. En el prefacio del libro *Derecho a la identidad personal* dejamos testimonio de esta comprobación al ilustrar al lector sobre el periplo de la idea que originó dicha obra. En efecto, en dicho prefacio se reseña como la idea original de aquello en que consiste la identidad, en cuanto interés existencial, lo intuimos o descubrimos en 1944 al leer la obra de Sartre, *El ser y la nada*, al analizar el sentido que tenía para el filósofo lo que designaba como “la mirada”. Es decir, el ser que los demás trataban de imponernos y que nosotros rechazábamos en la medida que él, en parte o en su totalidad, desvirtuaba o desnaturalizaba nuestra propia identidad personal, nuestra biografía.

Sartre escenificó extraordinariamente su concepción de “la mirada”. En su obra teatral *A puerta cerrada*, que pudimos apreciar en 1947 cuando residíamos en La Habana, se describe el conflicto de tres personajes que, encerrados en un mismo ambiente, luchan entre sí para defender su identidad personal, la misma que era desnaturalizada por los otros dos actores. El diálogo es de superlativa importancia en cuanto ilustra lo que Sartre pretende significar con la expresión “la mirada”.

9. La identidad personal: su tránsito de la filosofía al derecho

Durante nuestra residencia más que quinquenal en Italia llegó a nuestras manos una sentencia dictada por un juez de Roma fechada el 6 de mayo de 1974. En ella encontramos, por primera vez, como el derecho jurisprudencial reconocía, aunque imprecisamente y tal vez por influjo de la filosofía y debido a la intuición personal del juez, un interés existencial no considerado ni protegido expresamente por norma alguna del ordenamiento jurídico. Es decir, que este interés existencial o derecho natural carecía de la categoría jurídica de un derecho subjetivo positivo. Posteriormente, vinieron otras sentencias en las que se hizo explícita mención de este interés existencial antes desconocido por el derecho. Ante la sugestiva creación pretoriana la doctrina analizó el asunto y un nuevo derecho subjetivo empezó a delinearse en el horizonte jurídico.

En nuestro libro de 1992 sosteníamos que, al tratar el tema referente al desarrollo jurisprudencial en Italia del derecho a la identidad personal –país donde el tema probablemente encuentra sus primeras expresiones jurídicas– “debe tenerse en cuenta una fecha decisiva dentro del proceso de consolidación de este derecho. Nos referimos a aquella en que se promulga la ley 164 sobre rectificación de la atribución de sexo, el 14 de abril de 1982”. Agregábamos que si bien con este instrumento legal la jurisprudencia contaba con un firme punto de referencia normativa, ya desde antes ella había ido lentamente reconociendo la existencia de un interés existencial digno de ser jurídicamente tutelado.

Lo demás es tema de nuestros días. La doctrina jurídica, con la lentitud y prudencia que la caracteriza, va paulatinamente reconociendo la existencia de este interés existencial. A él le dedicamos mucho tiempo de meditación. La jurispruden-

cia, por su parte, enriquece permanentemente nuestros conocimientos sobre esta institución que ya ingresó al derecho positivo al ser expresamente considerada, como se ha apuntado en precedencia, en el inc. 1°, del art. 2° de la Const. peruana de 1993²⁵. Lamentablemente, pese a nuestros esfuerzos así como no haber escatimado un discurso persuasivo, no logramos que la Comisión que redactó el Código Civil peruano de 1984 lo incluyera entre sus normas.

Nuestra propuesta consta en la Exposición de motivos del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984 dedicado al derecho de las personas. Ella aparece en la primera edición de la misma, que data de 1985, y en las sucesivas que se han publicado hasta llegar en la actualidad a la octava edición del año 2001.

En dicha Exposición decíamos, al comentar los derechos al nombre y al domicilio, que ellos constituían “dos de las facultades que tiene la persona para ser identificada e individualizada”. Al respecto, y refiriéndonos al nombre, aclarábamos que “cierto sector de la doctrina, en tiempos recientes, proclama la existencia de un derecho a la identidad que, aunque sin confundirse con el derecho al nombre, lo comprende”. Agregábamos, a título ilustrativo, “que en sentido amplio, este derecho supone reconocer a cada persona en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática”. Como consecuencia de ello sosteníamos que, “a partir de este reconocimiento, la persona tiene el deber y la facultad de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedir que se le atribuyan comportamientos ajenos”. Recordábamos al respecto que el hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad²⁶.

Lamentábamos en dicha Exposición de motivos que el Código Civil de 1984 no hubiera incluido nuestra propuesta de reconocer explícitamente como un derecho subjetivo perfecto el derecho natural a la identidad personal. A este propósito decíamos que nuestro “Código no regula el derecho a la identidad tal como ha sido concebido por cierto sector de la doctrina y al cual nos hemos referido en párrafos precedentes”. Encontramos en aquella oportunidad algunas probables razones del, para nosotros incomprensible, rechazo de la mencionada propuesta.

Al efecto expresábamos que “ello obedece tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia”. No obstante este hecho proponíamos esperanzados que “tal situación no es obstáculo para que, a la espera de un serio tratamiento del asunto, la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad psicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad en el sentido tanto de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen como a evitar que otras asuman la paternidad de aquéllas de las que realmente es protagonista”²⁷. Es de este modo

²⁵ La Constitución de Portugal recoge el concepto de identidad pero la interpretación del correspondiente numeral la reduce a lo que designamos como “identificación”, es decir, como tan solo en los límites de la identidad estática.

²⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 8ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 97 y 98.

²⁷ Fernández Sessarego, *Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, p. 98.

que reseñábamos, en 1985, nuestro fracasado intento de incorporar el derecho a la identidad dentro del articulado del vigente Código Civil de 1984.

Debemos de congratularnos, sin embargo, que la Comisión encargada de introducir enmiendas al texto del Código Civil de 1984, haya adoptado una diferente actitud frente al tema que la de sus predecesores. Esta Comisión de Reforma aprobó, al analizar el desarrollo de la doctrina sobre el derecho a la identidad en los años transcurridos desde la promulgación del Código, la incorporación a éste del derecho a la identidad. Ello ocurrió en su sesión del 27 de octubre de 1997. El derecho a la identidad se ubicó sistemáticamente entre los derechos fundamentales de la persona, como es el caso de la libertad o la vida.

Debemos anotar que el asunto atinente al derecho a la identidad personal lo presentamos como ponencia, a nivel latinoamericano, en el Congreso Internacional sobre Derecho Privado celebrado en Lima en el año de 1988²⁸ y que luego, como lo hemos anotado, desarrolláramos en nuestro libro de 1992 titulado *Derecho a la identidad personal*²⁹.

No obstante, es del caso señalar que, indirectamente y sin percatarse conscientemente que se trataba de facilitar una acción para defender la propia identidad, la Constitución Política peruana de 1979 incluye un inciso en el art. 2°, similar al inc. 7° de la actual Constitución de 1993, en el cual, en su segundo párrafo, se establece que: “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”.

Es decir, que el constituyente de 1979 y el de 1993, al prescribir el derecho de rectificación o réplica, tutelaba la identidad personal al facilitar dicha acción rectificatoria a “toda persona afectada por afirmaciones inexactas”. Estas “afirmaciones” inexactas no son otra cosa, como se advierte, que la desnaturalización de la “verdad personal”, es decir, de la identidad personal al atribuirse a la persona conductas o ideas que no le pertenecen o negarle aquellas que le son propias. La exactitud o inexactitud de una afirmación sobre la persona es una situación que tiene que ver, estrictamente y como está dicho, con la identidad personal. Ello no se confunde, por consiguiente, con el agravio a otros derechos de la persona como podrían ser el honor, los signos distintivos, la intimidad.

10. Una cuestión coyuntural: el derecho a la identidad personal en el libro de la profesora Vila-Coro

Es por todo lo expuesto en precedencia en torno a la “identidad personal” que el profesor Albadalejo, en el *Prólogo* al libro de Vila-Coro destaca, como aporte personal de la autora, el “poner de relieve que los avances científicos hayan evidenciado un nuevo derecho que se hace necesario proclamar: el derecho de todo ser

²⁸ Fernández Sessarego, *El derecho a la identidad personal*. Autores varios, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 55 y siguientes. Este volumen recoge las ponencias presentadas en el Congreso Internacional que, bajo el mismo nombre, se organizara en Lima, del 5 al 7 de septiembre de 1988, en la sede del Colegio de Abogados de Lima.

²⁹ Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*.

humano a su identidad personal”. Recogiendo el aporte de la doctrina peruana sobre la identidad –consignado en nuestra ponencia de 1988 y en el aludido libro de 1992– Albadalejo sostiene “que la autora deduce de su investigación que la identidad personal tiene un componente dinámico que inserta sus raíces en la estirpe, en la *gens*”³⁰.

La lectura del citado párrafo del prólogo nos induciría a pensar que el ilustre prologuista desconocía en 1995 los aportes que sobre el derecho a la identidad personal, en su vertiente dinámica, se han producido en el mundo jurídico en precesencia a la elaboración del libro de 1995 cuya paternidad, por sus expresiones, correspondería a Vila-Coro. Tal vez desorientaron al maestro Albadalejo lo dicho por la propia autora cuando sostiene, en primera persona, lo siguiente: “he dado el nombre genérico de ‘derecho a la identidad personal’ al nuevo derecho necesitado de protección, que aparece lesionado con la ingeniería genética y ciertas técnicas de reproducción *in vitro*”³¹. Como lo hemos apreciado en páginas anteriores, el nombre de este nuevo derecho subjetivo ya estaba asignado de antemano por la doctrina y la jurisprudencia comparada así como el desarrollo de su vertiente dinámica que no es otra cosa que la llamada ‘personalidad’”.

Las expresiones de la autora y del prologuista del libro *Introducción a la biojurídica* merecen, por lo expuesto, dos puntuales observaciones de nuestra parte. La primera es que, en realidad y como es fácil comprobarlo, la referencia y el desarrollo de la dimensión específicamente dinámica de la identidad personal es un tema mencionado embrionariamente en nuestro libro *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano* cuya primera edición data de 1986³². La incorporación del derecho a la identidad personal al Código Civil fue solicitada insistentemente por nosotros cuando en la Comisión Revisora se trató el tema del nombre entre 1983 y 1984, pero no fuimos escuchados. Atribuimos esta negativa “tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia”. Agregábamos que, a pesar de que no habíamos logrado la incorporación de este derecho al Código Civil, esta situación “no era obstáculo para que, a la espera de un serio tratamiento del asunto, la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad psicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad en el sentido tanto de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen como a evitar el que otros asuman la paternidad de aquéllas de la que realmente es protagonista”³³.

Luego el tema del que venimos tratando fue retomado en nuestra ponencia de 1988 y largamente tratado en nuestro libro de 1992, antes referido, titulado *Derecho a la identidad personal*³⁴. La ponencia de 1988, en la que el tema del libro apareció resumido, fue presentada al Congreso Internacional sobre “Tendencias y perspecti-

³⁰ Albadalejo, Manuel, en el *Prólogo* al libro de Vila-Coro, *Introducción a la biojurídica*, p. 18.

³¹ Vila-Coro, *Introducción a la biojurídica*, p. 25.

³² Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios del Libro Primero del Código Civil peruano*, Lima, Studium, 1985, p. 77 y 78.

³³ Fernández Sessarego, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, p. 77 y 78.

³⁴ Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*.

vas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano”, el que se celebró en Lima en la sede del Colegio de Abogados³⁵. Ello pareciera desconocerse o no considerarse tanto por Albadalejo como por Vila-Coro, cuyas obras son muy leídas y apreciadas en el Perú y quienes merecen nuestra mayor estima personal e intelectual. El hecho, por todo ello, no pasa para nosotros desapercibido y nos llama explícitamente la atención. Nuestro libro de 1992 tuvo una amplia difusión en el mundo de habla hispana por haberse editado en la Argentina³⁶. Él estuvo disponible en la Librería de Marcial Pons de Madrid. Este circunstancial hecho pone en evidencia que todavía no existe la debida y plena comunicación entre ciertos pocos juristas pertenecientes a una similar raíz cultural.

De otro lado, no se puede olvidar que en Italia, donde el derecho a la identidad personal fue amparado inicialmente por la jurisprudencia a fines de la década de los años setenta del siglo XX, se celebraron a partir de los años ochenta hasta tres congresos para reflexionar sobre los alcances de este novísimo derecho y se elaboraron diversos ensayos en revistas de la época, los mismos que nos fueron sumamente útiles para elaborar nuestro libro sobre la identidad personal³⁷.

11. Una cuestión marginal: el creciente conocimiento del derecho latinoamericano de parte de la doctrina europea

A propósito de lo mencionado en el párrafo anterior comprobamos, a través del caso concreto del libro de Vila-Coro, el desconocimiento que aún se tiene, en cada vez menos numerosos sectores de la doctrina española y en la de otros países europeos, de la que podría ser una creativa producción jurídica latinoamericana. El caso citado en precedencia es, sin duda excepcional pero, por ello, no deja de ser emblemático en el sentido que todavía nos queda camino por recorrer en lo que corresponde al recíproco conocimiento de las obras de los juristas de ambos continentes.

El caso mencionado a la altura de nuestro tiempo deviene en excepcional si tenemos en cuenta que existen juristas europeos de primera línea concedores, en gran medida, de importantes aspectos del derecho civil latinoamericano. No podemos ignorar en este sentido los ilustres nombres nada menos que de Pietro Rescigno y Francesco D. Busnelli, en Italia. Ellos, nos consta, se han interesado vivamente por aquello que de aportes novedosos podían encontrarse por estas latitudes. Sus trabajos y su permanente actitud de apertura mental así lo atestiguan. En igual sentido debemos recordar la permanente labor de acercamiento con el derecho latinoamericano desplegado, desde aproximadamente 1975, por la “Asso-

³⁵ Ponencia *El derecho a la identidad personal*, en “Tendencias actuales del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano”.

³⁶ Se considera que este libro es el primero que se publica en castellano sobre el tema y, probablemente, también en otros idiomas como el italiano y el francés.

³⁷ Pérez Vargas reconoce que el Congreso Internacional celebrado en Lima en 1988, sobre “Tendencias y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano”, fue la oportunidad en la que por primera vez se presentó debidamente desarrollado el derecho a la identidad personal y que, a partir de este momento el derecho a la identidad se difunde en el continente americano. Considera al respecto que “ese día se inauguró una nueva era en la historia de este derecho en nuestro continente” (Pérez Vargas, Víctor, “Revista Judicial”, n° 59, Costa Rica, 1994, p. 118).

ciación de Studi Sociali Latino-Americani” (ASSLA) dirigida por Pierangelo Catalano y Sandro Schipani y a la que alguna vez pertenecemos.

En cuanto a España no podemos olvidar el interés, cada vez creciente, de un sector de importantes juristas entre los que cabe recordar especialmente a Castán Vázquez, Díez-Picazo, Ponce de León, De Ángel Yáguez, De los Mozos, entre otros. A ellos se van sumando, paulatinamente, otros juristas hispanos cuyas visitas a Latinoamérica son cada vez más frecuentes. A este propósito debemos recordar el bello y significativo gesto que significó que un numeroso grupo de destacados juristas españoles escribieran un libro en homenaje al jurista argentino Roberto López Cabana, recientemente desaparecido. La obra fue presentada con ocasión de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en septiembre del 2001³⁸. Este hecho denota, de manera por demás elocuente, el creciente y fructífero acercamiento entre los juristas hispanos y los latinoamericanos.

François Chabas, Christian Larroumet e Ivonne Lambert-Faivre, en Francia, entre otros, son también nombres que no podemos tampoco ignorar en esta escueta e incompleta referencia de científicos europeos que, según nuestra memoria, se preocupan por el estudio del derecho civil latinoamericano.

No obstante lo dicho, reiteramos que queda aún camino por recorrer y es que, consciente o inconscientemente, un muy reducido número de autores europeos no se interesa, todavía, en averiguar por lo que en estos últimos años viene ocurriendo en Latinoamérica a nivel del derecho civil. Algunos de ellos, posiblemente, siguen pensando al igual que antaño, que en Latinoamérica nada nuevo se puede crear en materia jurídica en tanto se trata de países en vías de desarrollo, situación de la que no escaparía su cultura jurídica. Ello ha sido cierto y evidente en el pasado. El derecho latinoamericano, quien lo puede ignorar, ha sido tributario, en gran medida, del derecho romano y de la doctrina jurídica elaborada por juristas de los países europeos que integran el sistema romano-germánico. De esta herencia estamos orgullosos los juristas latinoamericanos así como también de los aportes, en algunos de nuestros países, del derecho consuetudinario prehispánico.

El Código Civil francés de 1804, el alemán de 1900, el italiano de 1942, el portugués de 1967, en su momento, han ejercido notable influencia en la codificación civil latinoamericana que los ha tomado como modelos insuperables. Ello, también en gran medida, sigue siendo cierto. No obstante, existen creativas situaciones jurídicas de la doctrina o de la codificación civil latinoamericana que aún son ignoradas por ciertos sectores de la doctrina europea. Notamos, sin embargo, que esta actitud, dentro del proceso de globalización en que está inserta la humanidad, tiende a modificarse a una cada vez mayor velocidad. A ello han contribuido en notable grado los congresos internacionales de derecho civil celebrados en Lima, a partir de 1985, y las jornadas argentinas de derecho civil que se celebran cada dos años en diversas universidades del país.

³⁸ Entre los autores del libro se encuentran Ricardo de Ángel Yagüez, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, José M. Castán Vázquez, Silvia Díaz Alabart, Luis Díez-Picazo, Javier Fernández Costales, María del C. Gómez Laplaza, José L. de los Mozos, Fernando Pantaleón, Joaquín Rams Albesa y Mariano Yzquierdo Tolsada.

En sus reuniones han participado un creciente número de juristas europeos de la más alta calidad científica³⁹. Asimismo, en dichas reuniones, a partir de dicho histórico y significativo año, los juristas latinoamericanos dejamos de mirar únicamente hacia Europa y empezamos a conocernos y a descubrir nuestros propios aportes y nuestros comunes vacíos. La realidad de estos últimos quince años es reconfortante en cuanto representa el encuentro de juristas provenientes de nuestras naciones latinoamericanas, herederas de una misma raíz pero poseedoras cada una de ellas de valores y matices propios que se reflejan en su derecho escrito y, sobre todo, consuetudinario.

12. Persona, personalidad y capacidad jurídica

En precedencia, y desde nuestra óptica, hemos tratado de deslindar las fronteras conceptuales entre las nociones de “persona” y “personalidad”. No obstante lo dicho, cabe señalar que un sector importante de la doctrina utiliza el concepto “personalidad” ya no para aludir a la “persona” sino más bien para designar a la “aptitud” que tiene el ente, que es “persona”, para adquirir derechos y obligaciones. Es decir, a una aptitud “abstracta” que no es otra cosa que lo que se conoce como “capacidad de goce o de derecho”⁴⁰. Así, Ferrara considera, entre otros autores, que la “personalidad” es una *cualidad jurídica* que debe acceder a determinado sustrato que es la “persona”. Para Ferrara ambos conceptos son diferentes, ya que, en sus propias palabras, no es posible confundir “el peso” con el “objeto pesado” ni el “color” con el objeto “coloreado”. Es decir, Ferrara plantea una diferencia entre la cualidad abstracta o aptitud del ente y el sustrato, es decir, el ente en sí mismo⁴¹.

Estimamos que el concepto “personalidad” no puede sustituir al de “capacidad”. Concebir que el concepto “personalidad” signifique la “aptitud” para ser sujeto de derecho carece jurídicamente de sentido pues sólo el ser humano es, por su propia naturaleza, el ente “capaz” de *poseer* derechos y deberes. No podemos olvidar, a este propósito, que el derecho es una exigencia existencial, una creación del ser humano, en cuanto libre y coexistencial, para convivir en sociedad. Esta convivencia supone que cada ser humano, por ser libre, es de suyo capaz de vivir esa libertad, de convertirla en fenómeno. Si no fuera así, si a la libertad no le fuera inherente una vocación o capacidad natural por realizarse, carecería en lo absoluto de sentido. Ser libre significa, por ello, ser capaz. Este no es, por consiguiente, un tema jurídico. El derecho, a partir de este reconocimiento de la naturaleza humana,

³⁹ Recordamos la visita a Lima de Francesco D. Busnelli, Pietro Rescigno, Francesco Galgano, Marco Comporti, Giovanna Visintini, Luis Díez-Picazo, Diego Espín Canovas, Ricardo de Ángel Yágüez, Sandro Schipani, François Chabas, José M. Miquel, entre otros. Pese a estar invitados no tuvimos la suerte de contar con la presencia de Antonio Hernández Gil y de José M. Castán Vázquez. No tenemos presente, en este momento, el nombre de aquellos juristas europeos que han concurrido a las Jornadas de Derecho Civil argentinas. Recuerdo tan solo aquellos con los que me he encontrado en algunas de las muchas visitas que hemos hecho a la Argentina gracias a la deferente invitación de sus organizadores. Entre estos últimos podemos mencionar a Ivonne Lambert-Faivre, Crithian Larroumet, Ricardo de Ángel Yágüez, Mariano Izquierdo Tolsada, Javier Fernández Costales, entre otros.

⁴⁰ Cabe citar a Aubry y Rau, Trabucchi, Ennecerus, Gangi, Coviello, Barassi, entre otros, como autores que identifican “personalidad” con “capacidad”.

⁴¹ Ferrara, Francesco, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Reus, 1929, p. 320.

lo que tiene que proteger es el libre ejercicio en el mundo exterior de esa innata capacidad del ser humano por realizarse⁴².

El término “personalidad”, dentro de este contexto, resulta jurídicamente inútil, innecesario, pues el *ente* que es sujeto de derecho es el ser humano, la persona, y precisamente, por serlo tiene ontológicamente capacidad de goce. No es posible concebir al ser humano, en cuanto ser ontológicamente libre, sin su inherente capacidad para proyectarse en el mundo, para convertir en actos o comportamientos sus más íntimas decisiones. La capacidad llamada de “goce” no es, así, ni una cualidad, como pretendía Ferrara, ni un atributo que el ordenamiento jurídico concede graciosamente a la persona. La llamada capacidad de goce, por el contrario y como está dicho, integra lo que estructuralmente es el ser humano en cuanto libre y co-existencial. Ella no puede limitarse mediante una disposición legal. De ahí que su estudio no es un tema que compete al derecho, el mismo que tiene como su área específica todo lo concerniente a la regulación de la capacidad de ejercicio o de obrar, la misma que sí se puede restringir o limitar mediante ley.

De nada serviría al ser humano ser ontológicamente libre, es decir, capaz de decidir por sí mismo, si esa libertad no pudiera proyectarse al exterior en actos, en conductas, en comportamientos, en un determinado “proyecto de vida”. Esta capacidad es pues inherente al propio ser humano y no una cualidad o aptitud agregada o concedida al ser humano por el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, la noción de “personalidad” no puede sustituir ni al “ente”, que es el “sujeto de derecho”, es decir, a la “persona”, ni a la “capacidad” de goce, la misma que le es inherente. El derecho no puede actuar sobre esta capacidad natural pues ella pertenece a la esfera del *ser* mismo del hombre y, por lo tanto, su comprensión es de índole filosófica. Es decir, como lo hemos expresado, el derecho no puede limitar, ni restringir ni suprimir la capacidad de goce. Limitar la capacidad de goce es un imposible ontológico. Sólo la muerte acaba con la persona, con su ontológica libertad y su inherente capacidad conocida como de “goce”.

Cada ser humano, simplemente por ser tal, tiene potencialmente todos los derechos naturales que le corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano. Todos y cada uno de los seres humanos tienen, por lo tanto, la misma capacidad conocida jurídicamente como de goce.

Por lo expuesto, no vemos la necesidad de introducir un vocablo innecesario en el lenguaje jurídico, como es el de “personalidad”, en sustitución de otro que es pertinente como es el de la “capacidad de ejercicio”. Por ello, el término personalidad es doblemente inútil pues ni se confunde con el de persona ni con el de capacidad.

En un anterior trabajo, fechado en 1962, decíamos al respecto que “la personalidad” no es una *cualidad* que se agrega al hombre como sustrato, sino que la personalidad, entendida como concepto, es la forma como se aprehende al hombre

⁴² Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en autores varios, “Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectiva”, t. I, Lima, Universidad de Lima y W. G. Editores, 1995. Asimismo, *La capacidad de goce ¿es posible su restricción legal?*, en “Revista Cátedra”, n° 5, Lima, Palestra Editores, diciembre de 1999 y en “Jurisprudencia Argentina”, n° 6185, Bs. As., 15/3/00.

como sujeto de derechos y obligaciones⁴³. Es decir que, a través de la personalidad, logramos aproximarnos a la identidad de la persona en cuanto es su “manera de ser” en el mundo.

Es por lo anteriormente expuesto que, desde hace décadas, descartamos en nuestros trabajos jurídicos la utilización de la expresión “derechos de la personalidad”. De ahí que el Libro Primero del Código Civil peruano de 1984 se denomina “Derecho de las personas” y no se designa, como ocurre en otros cuerpos legales, como “Derechos de la personalidad”. Por lo demás, en el texto del mencionado Libro Primero del Código Civil peruano de 1984 no aparece por ningún lado la expresión “derechos de la personalidad”. La desterramos de su texto por inútil, innecesaria, ya que su empleo conduce a confusión. Lamentablemente, comprobamos que la confusión conceptual que, a nuestro parecer, existe entre “persona” y “personalidad” continúa aún vigente⁴⁴, pues se sigue empleando con profusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y por los textos legales.

13. Sujeto de derecho y persona

Cuando tuvimos que afrontar, en un ya lejano 1965, la elaboración de la propuesta para un nuevo Libro Primero del Código Civil dedicado al “derecho de las personas” nos encontramos con que, en la realidad de la vida, el “sujeto de derecho” no se reducía tan sólo, como tradicionalmente se consideraba en la doctrina y en la jurisprudencia, a las personas denominadas “naturales” o “físicas” y a aquellas designadas como “jurídicas”⁴⁵. Existían, como se ha anotado, otros dos sujetos de derecho que no podíamos ignorar: el “concebido” y la “organización de personas no inscripta”.

En aquella época teníamos plena conciencia de dos hechos incontrovertibles: que el concebido era sujeto de derechos y deberes, es decir, de situaciones jurídicas subjetivas, y que en el mundo jurídico actuaba, desde siempre, como verdadero sujeto de derecho, la “organización de personas no inscripta”, generalmente denominadas “de hecho” o “irregular”. Ello nos obligó a incorporarlos como “sujetos de derecho” en la ponencia que estábamos redactando en aquel tiempo. ¿Qué otra decisión podíamos adoptar si comprobamos lo que todos sabemos: que el concebido es un ser humano por nacer y que la “organización de personas no inscripta” actúa en el mundo jurídico —o si se prefiere en la realidad— como si fuera una persona jurídica, aunque los derechos y deberes de cada integrante de la organización tuvieran diferentes destinos?

⁴³ Fernández Sessarego, *La noción jurídica de persona*, 2ª ed., 1968, p. 185.

⁴⁴ En el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 observamos, no sin natural preocupación por nuestra vecindad de larga data con la cultura jurídica y con los civilistas argentinos, que se sigue empleando la noción de *personalidad* como sinónimo de *persona*. Sería interesante que los codificadores o los legisladores repensaran el tema a la luz de los aportes de la jusfilosofía contemporánea.

⁴⁵ Nosotros, siguiendo el modelo del Código Civil de Portugal, propusimos que el Libro Primero tuviera dos secciones o capítulos denominados “Personas individuales” y “Personas colectivas”. En el primero se regulaba lo concerniente al concebido y a la persona natural mientras que, en el segundo, se hacía lo mismo en lo tocante a las organizaciones de personas, tanto inscriptas como no inscriptas. La Comisión de Reforma acogió la propuesta pero ella tuvo que variarse cuando se promulga la Constitución de 1979 en la que se seguía empleando la terminología tradicional.

En otras sedes, así como lo hemos hecho sucintamente en ésta, hemos comentado sobre la calidad de “sujeto de derecho” del concebido, por lo que resulta innecesario volver sobre el asunto. Sólo añadiremos que nos satisface plenamente saber que, para un sector inmensamente mayoritario de la doctrina y para el Código Civil peruano de 1984, el concebido *dejó de ser lo que no era*: una mera “ficción” para convertirse en vida palpitante, en un ser humano por nacer.

En cuanto a las “organizaciones de personas”⁴⁶, tanto las inscriptas o personas jurídicas como las no inscriptas, cabe señalar que ambas tienen la misma naturaleza tridimensional que cualquier otra institución del derecho. En efecto, en ambas encontramos en dinámica interacción seres humanos, valores y normas jurídicas. Los seres humanos, tanto en una como en otra, son los mismos seres. No hay seres humanos “distintos”. Los valores perseguidos, son también los mismos en el caso de cada categoría específica de organización. Los valores que vivencian los seres humanos son comunes a todos ellos. Las dos organizaciones, asimismo, están reguladas por un conjunto de normas jurídicas insertas en el respectivo ordenamiento jurídico. Debemos concluir que, si encontramos en ambas organizaciones de personas los mismos elementos constituyentes de su naturaleza jurídica, la pregunta que surge de inmediato es ¿dónde está su diferencia?⁴⁷

La “organización de personas inscripta” o “persona jurídica” supone que, por mandato de una determinada norma jurídica, ella es excluida del tratamiento ordinario que es común a todo grupo humano que actúa conjuntamente persiguiendo los mismos fines, para ser tratada en forma jurídicamente excepcional. Es decir que, en vez de que todos y cada uno de los integrantes de la organización actúen como copropietarios o codeudores en los casos pertinentes, tanto sus derechos como sus deberes se desvían o remiten o derivan —como se prefiera— hacia un centro *ideal*, formal, unitario de imputaciones jurídicas, representado solamente mediante una *expresión lingüística* que aparece incorporada en cierto registro público. Es decir, en definitiva, se trata de un nombre o razón social que aparece inscrito en un determinado registro público.

En la realidad no es la citada “expresión lingüística” la que actúa realizando actos jurídicos. Ello es imposible. Los que realmente actúan y los que en su momento deciden acogerse a las ventajas que le ofrece un determinado recurso de técnica jurídica, es decir, a un régimen de excepción que le ofrece una cierta norma

⁴⁶ Consideramos que una organización supone un conjunto de personas que actúan de común acuerdo persiguiendo determinados valores y dentro de la cual a cada miembro le corresponde una determinada función.

⁴⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Naturaleza tridimensional de la persona jurídica*, en “Derecho PUC”, n° 52, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abril-diciembre de 1999 y en “Studi in onore di Pietro Rescigno”, t. V, Milano, Giuffrè, 1998. También, *Visión tridimensional de la persona jurídica*, en “Revista Jurídica del Perú”, n° 4, Trujillo, octubre-diciembre 1995 y en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en “Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires”, vol. 16, n° 3, julio-setiembre de 1995 y en “Iuris Dictio”, n° 3, Lima, 1997. Este trabajo se publicó bajo el título de *Concezione tridimensionale della persona giuridica*, en “Revista Rassegna di Diritto Civile”, n° 3, Napoli, 1996. Asimismo, sobre el tema, *La persona jurídica ¿es distinta de sus miembros?*, en “Revista Gaceta Jurídica”, t. 50, Lima, enero de 1998 y *La irrealidad del artículo 78 del Código Civil*, en “Revista Gaceta Jurídica”, t. 51, febrero de 1998. Puede también consultarse *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil*.

jurídica, son siempre seres humanos realizando valores. La “expresión lingüística” no asume obligaciones, no contrata. Ella solamente sirve de referencia normativa para la imputación de derechos y deberes que, sino fuera por el régimen de excepción creado por la ley, deberían ser asumidos individualmente por cada uno de los miembros de la organización de personas.

El día que la norma jurídica que determina la utilización de dicho recurso de técnica jurídica –invento, le dicen muchos– se derogue, desaparecerá el régimen de excepción y, por tanto la consiguiente ficción. En esta situación los derechos y deberes de la organización de personas ya no será más posible atribuirlos a la “expresión lingüística” y ellos volverán a recaer en cabeza de cada uno de los seres humanos que la integran.

En síntesis, la naturaleza de ambas organizaciones de personas es la misma y sólo se diferencian, como se ha referido, en que una está legalmente autorizada por una cierta norma jurídica para que los derechos y deberes contraídos por sus miembros se deriven a un centro de referencias normativas representado por una expresión lingüística. En otras palabras, el empleo de un cierto recurso de técnica jurídica es lo que hace la diferencia de carácter únicamente formal. Pero, como se comprenderá, la utilización de este recurso de técnica jurídica no excluye o hace desaparecer, por arte de magia, tanto a los seres humanos –que son los que realizan todos los actos jurídicos atribuidos al ente ideal– como los valores que inspiran los fines perseguidos por la comunidad de personas actuantes en la realidad de la vida.

Confiamos en haber contribuido, mediante el nuevo esfuerzo que se concreta en estas breves cuartillas, a aclarar la confusión entre los términos persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho que en alguna mayor o menor medida, lamentablemente, sigue reinando en ciertos sectores de la doctrina jurídica en torno a dichos conceptos medulares para la comprensión de la disciplina jurídica.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.