

## EL DERECHO EN UN PERIODO DE TRANSICIÓN ENTRE DOS ÉPOCAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El privilegiado conocimiento de las cosas del mundo.* III. *El descubrimiento de la existencia como libertad.* IV. *La crisis del mundo contemporáneo.* V. *Las transformaciones, los cambios, las esperanzas.* VI. *La transición entre dos épocas históricas.* VII. *El derecho en un mundo en transición entre dos épocas.* VIII. *Los nuevos alcances de la subjetividad jurídica.* IX. *La clasificación fundamental del derecho.* X. *Propiedad y abuso del derecho.* XI. *Reflexiones sobre la naturaleza de la persona jurídica.* XII. *La reformulación de otros institutos jurídicos.* XIII. *Funciones del derecho en un periodo de transición.*

### I. INTRODUCCIÓN

La vida humana social es el elemento primario, aunque no el único, del derecho. Por ello, todo lo que acontece en la sociedad se halla ínsito en lo jurídico. Nada le es ajeno. El derecho, en cuanto el hombre es un ser estructuralmente coexistencial, responde a una ineludible exigencia de su naturaleza. No es concebible la convivencia sin normas que la regulen.

De lo expuesto se infiere que para una mejor y más fina percepción de la evolución del derecho, es aconsejable asomarse a la historia de la humanidad. La visión del mundo, de las costumbres, las tendencias y hasta las aspiraciones propias de cada época histórica cristalizan, de alguna manera y medida, en la dimensión normativa del derecho. Esto hace que sea posible el que, a través de la aprehensión de lo jurídico, se acceda a la cultura de una determinada comunidad.

Como anota René David, el derecho “ayuda a conocer y a comprender mejor al pueblo cuyo derecho se estudia”.<sup>1</sup> Esto es así, porque hombre y derecho son realidades de suyo indesligables, en tanto que el derecho pertenece a la estructura misma del ser hu-

<sup>1</sup> David, René, *Tratado de derecho civil*, trad. del francés de Javier Osset, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1953, p. XXXI.

mano. No es, por ende, un ejercicio exótico o inútil remitirse a la historia, aunque fuese de manera somera y esquemática, para una mejor comprensión de las concepciones jurídicas vigentes en cierto momento del acontecer humano.

## II. EL PRIVILEGIADO CONOCIMIENTO DE LAS COSAS DEL MUNDO

Desde los tiempos primitivos, el hombre se interesó por dominar y transformar la naturaleza para ponerla a su servicio y valerse de ella para subsistir y mejorar, progresivamente, la calidad de su vida. Su afán cognoscitivo se centró preferentemente en las cosas que lo rodeaban, que se hallaban instaladas en el mundo exterior.

El ser humano se preocupó, casi exclusivamente, por la aprehensión epistemológica del ser que late y subyace en todas y cada una de las cosas del mundo. La filosofía era, por ende, metafísica. Sin embargo, sus esfuerzos no fueron recompensados pese a la tenaz inquisición, desplegada por siglos, por cuanto ella no llegó a ofrecerle respuestas convincentes, que merecieran general aceptación.

Pero no sólo se careció de una respuesta a la pregunta que interroga por el ser sino que, como apunta Heidegger, la pregunta misma era oscura y carecía de dirección.<sup>2</sup> El ser, para los griegos, era así un concepto universal y vacío.

La preeminente preocupación por las cosas emerge como tema dominante en la historia de la humanidad y del consiguiente pensamiento filosófico. Ellas no han sido ni son para el hombre sólo medios de subsistencia, sino que su posesión, en cantidades significativas, satisface también la sensualidad de poder que se manifiesta en su naturaleza.

Tal actitud generó una concepción filosófica y jurídica definitivamente individualista, de raigambre egoísta, y una predominante mentalidad patrimonialista. Es decir, una posición en la cual no se apreciaba debidamente el interés y el derecho de los demás ni se consideraba a la solidaridad como un valor jurídico por excelencia. Los ordenamientos jurídicos positivos, al traducir normativamente esta visión del mundo, privilegiaban la tutela de la propiedad. El Código Civil de los franceses de 1804 es, quizá, su más clara muestra.

El individualismo no es condigno de la naturaleza humana en cuanto muestra al hombre como un ente aislado, desconectado de

<sup>2</sup> Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, trad. del alemán de José Gaos, México, FCE, 1951, p. 6.

la sociedad, incomunicado. La filosofía de la existencia, al revalorizar al ser humano, redimensiona el planteamiento individualista que, por desconocer su naturaleza coexistencial, es notoriamente insuficiente para dar cuenta, completa y cabal, de su estructura. El ser humano requiere de los demás para realizarse como tal. De ahí que pueda sostenerse que el hombre es social o no es.

### III. EL DESCUBRIMIENTO DE LA EXISTENCIA COMO LIBERTAD

Correspondió a Boecio, en los umbrales de la Edad Media, reformular y difundir la concepción aristotélica sobre el hombre cuando lo define como “una sustancia indivisa de naturaleza racional”. Los conceptos de “sustancia” y de “razón”, firmemente arraigados en el pensamiento filosófico de entonces, impidieron el que pudiera percibirse la fluida temporalidad histórica del ser humano cuya existencia es libertad.

El cristianismo comportó una inédita visión del hombre al considerarlo como un ser dotado de libre albedrío. Sin embargo, esta posición o fue generalmente ignorada o indebidamente interpretada a nivel filosófico.

Hubo que esperar algunos siglos para superar la parcialmente cierta pero insuficiente concepción de Boecio en torno al ser humano. Fue recién en la época contemporánea cuando surgió una profunda y terca inquietud por hurgar en la naturaleza humana.

La filosofía de la exigencia, que aparece en el periodo comprendido entre las dos últimas guerras mundiales, aporta nuevos y extraordinarios atisbos sobre el ser del hombre. Es mérito indiscutible de pensadores como Heidegger, Jaspers, Sartre, Marcel, Subiri, Mounier, entre otros, el haber intuido la existencia como libertad, a la que se llega a través de una experiencia personal, intransferible, luego de un proceso de interiorización. La libertad se hace patente en los raros instantes en que el hombre debe adoptar decisiones de extrema importancia para su vida. La aprehensión de su propio ser, que se desvela como libertad, lo sume en la angustia, que es la máxima expresión de la responsabilidad humana. En este sentido, Jaspers afirma que la libertad le ha sido impuesta al hombre como su responsabilidad.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Jaspers, Karl, *Ambiente espiritual de nuestro tiempo*, Barcelona, Labor, 1933, p. 164.

No obstante lo expresado, cabe destacar que ya en 1844, en la obra de Sören Kierkegaard titulada *El concepto de la angustia*,<sup>4</sup> encontramos un revelador anticipo de lo que la filosofía existencial desarrollaría aproximadamente ochenta años después. El autor sostiene que el hombre es una síntesis de alma y cuerpo pero, —y esto de suma importancia— esta síntesis está constituida y es sustentada por el espíritu. Con esta última expresión se alude a la libertad. Libertad que el hombre descubre al “volverse hacia adentro”.

La libertad, según el citado autor, no significa necesariamente que el hombre pueda “alcanzar esto o aquello en el mundo, de llegar a rey y a emperador y a vocero de la actualidad; sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que él es hoy libertad”.<sup>5</sup> Completa esta intuición cuando sostiene que “la libertad no es nunca posibilidad: tan pronto como es, es real”.<sup>6</sup>

El ser humano, en cuanto libre, es un ser creador, lábil, proyectivo, estimativo, que realiza su vida en el tiempo. La libertad no es ni un atributo ni una propiedad del ser humano sino, como apunta Zubiri, es la situación ontológica de quien existe desde el ser.<sup>7</sup> Como sentencia Marcel, “decir ser libre es decir soy yo”.<sup>8</sup>

La filosofía de la existencia nos muestra un ser humano dotado de una estructura bidimensional. Sin dejar de ser idéntico a sí mismo, singular, es simultáneamente coexistencial, abierto hacia los demás, en comunicación. Como lo precisa Jaspers, en la comunicación, la existencia encuentra su ser al unirse con otras personas.

El aporte de la filosofía de la existencia sería decisivo para una radical revisión de los supuestos del derecho y para un consiguiente replanteo de la institucionalidad jurídica.

#### IV. LA CRISIS DEL MUNDO CONTEMPORÁNEO

La historia de la humanidad constituye un proceso en constante evolución en el cual se observa, al lado de periodos de relativa estabilidad, otros de aceleración en cuanto a los cambios y a las transformaciones que, producidos en el pensamiento o en las costumbres, signan cada etapa histórica. Es opinión dominante que el proceso

4 Kierkegaard, Sören, *El concepto de la angustia*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1943.

5 *Idem*, p. 118.

6 *Idem*, p. 26.

7 Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia y Dios*, Buenos Aires, Poblet, 1948, p. 390.

8 Marcel, Gabriel, *El misterio del ser*, Buenos Aires, Ed. Sudamérica, 1953, p. 296.

evolutivo de la unión comunitaria procede por contrastes, a la manera de los *corsi* y *ricosi* a los que se refería en su tiempo Juan Bautista Vico.

Cuando los cambios operados en la humanidad son de tal importancia y magnitud que traen consigo una significativa ruptura con cierta ideología o con un estilo de vida, o con ambos, se suele decir que nos hallamos frente a una etapa de crisis.

Las crisis, que se desenvuelven en un amplio arco de tiempo, son precedidas por una actitud crítica. Por su hondura y radicalidad, abarcan y comprometen todos los ámbitos de la vida.

Las profundas transformaciones que se advierten en nuestro tiempo, y a aquellas otras que no es difícil predecir, nos permiten intuir que la humanidad ha ingresado a un periodo de crisis, cuya duración y alcances no es dable vaticinar. Esta intuición se sustenta en la comprobación de los numerosos cambios que presenciamos, entre asombrados y preocupados, y en los múltiples indicios y vislumbres de lo que probablemente podría acaecer en un futuro no lejano.

#### V. LAS TRANSFORMACIONES, LOS CAMBIOS, LAS ESPERANZAS

Una de las más notorias transformaciones producidas en el presente siglo es aquella operada a nivel filosófico, la misma que ha permitido un notable avance en la comprensión de la estructura del ser humano.

El vuelco filosófico al que asistimos es producto de los hondos desgarramientos derivados de las guerras mundiales del presente siglo. Los horrores que ellas generaron, fueron determinantes para que el ser humano vuelva su escrutadora mirada hacia sí mismo y reflexione sobre su destino. La filosofía de la existencia responde a esta nueva actitud.

El hombre deja de ser sólo un ser racional para mostrarse como un ser libre, pleno de dignidad.

Un 10 de diciembre de 1948, cuando recién se apagaban los inmediatos y estruendosos ecos de muerte y destrucción de la segunda de aquellas guerras, se aprobó por las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ella se erige en la más importante respuesta jurídica a la inquietud filosófica y a la fuerza de los acontecimientos, a la par que significa la apertura del mundo a un tiempo nuevo. Este crucial momento en la evolución jurídica de la humanidad, representa un firme e inamovible hito, de conte-

nido humanista, que ha servido de paradigma en el proceso de elaboración de los instrumentos legales de nuestro siglo.

La transformación jurídica se hace patente en la primacía que han adquirido, a nivel mundial, los derechos fundamentales de la persona humana. El tema es recurrente y son muchas las ocasiones en que la opinión pública internacional o las múltiples organizaciones dedicadas a velar por su respeto, denuncian sus violaciones y se movilizan vigorosamente tanto para impedir que ellas perduren, como para solicitar se establezcan sanciones de parte de la comunidad internacional contra los gobiernos que las propician.

En lo ideológico y en lo político, asistimos al estrepitoso derrumbe de una ideología totalitaria, negadora de la libertad, y a un creciente reclamo de los pueblos por la vigencia de un sistema democrático menos formal, más operativo, participatorio y de contenido social.

La situación presente, donde se advierte una tendencia al pragmatismo en el gobierno de los pueblos, ha llevado a Fromm a sostener que las ideologías han perdido mucho de su atractivo, por lo que conceptos como la "derecha" o la "izquierda", el comunismo o el capitalismo carecen de mayor significado.<sup>9</sup> La tesis de Fromm es compartida por numerosos autores. Así, Colletti se refiere al "ocaso de las ideologías",<sup>10</sup> mientras que Miró Quesada estima que las ideologías epistémicas han muerto definitivamente, en tanto que las ideologías estimativas sólo no han muerto sino que se proyectan hacia el futuro como las grandes guías de la acción política.<sup>11</sup>

En el plano de la familia se observa un notorio cambio representado por el movimiento feminista, reivindicador del papel de la mujer en la sociedad. Como consecuencia del mismo, son numerosos los países en cuyos ordenamientos jurídicos se concreta normativamente la emancipación femenina. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se prescribe la igualdad jurídica del varón y la mujer, con todo lo que ello acarrea en cuanto a la toma de decisiones, en la educación de los hijos, el manejo económico y la fijación del domicilio, entre otros aspectos.

En esta misma dirección de pensamiento, la legislación peruana reconoce efectos patrimoniales a las uniones de hecho mantenidas voluntariamente entre varón y mujer, libres de impedimento matri-

<sup>9</sup> Fromm, Erich, *La rivoluzione della speranza*, trad. del inglés de Piero Bartellini, Milán, Ed. Universale Etas, 1968, p. 12.

<sup>10</sup> Cfr. Colletti, Lucio, *Tramonto dell'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 1980.

<sup>11</sup> Miró Quesada Cantuarias, Francisco, *Hombre, sociedad y política*, Lima, Ariel, 1992, p. 353.

monial, cuando mediante ellas se pretende alcanzar las mismas finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio y siempre que haya durado por lo menos dos años continuos. En esta hipótesis, se origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales.

En lo científico, las transformaciones han sido, y continúan siendo, extraordinarias y veloces. Gracias a ellas, el ser humano llegó a la Luna. Se descubrió y aplicó la energía nuclear, inclusive, con finalidad genocida; se desarrolló espectacularmente la biología molecular; se dio inicio al proyecto genoma humano, de consecuencias imprevisibles. El avance tecnológico es notorio, especialmente en las áreas de la biotecnología, la informática y la telemática.

No son menos evidentes los cambios que se vienen produciendo en lo tocante a las relaciones entre los Estados. Se observa en ellas un mayor protagonismo de las Naciones Unidas, lo que ha quedado demostrado con las autorizaciones que recientemente ha otorgado para el uso de la fuerza en casos de conflictos bélicos localizados, como el de Irak con Kuwait o la intervención, mediante sanciones económicas, contra los países que violan ostensiblemente los derechos humanos. Su reciente presencia en la ex Yugoslavia es elocuente demostración de lo expresado.

Dicho proceso hace pensar que se ha de producir, en un futuro inmediato, una reestructuración de la Carta de las Naciones Unidas, oportunidad en la que, sin duda, se replantearán diversos temas, como el de la obligatoriedad para los Estados de someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya; el otorgamiento de mayores poderes a las propias Naciones Unidas para autorizar intervenciones militares en casos de conflictos armados interestatales, o lo concerniente al derecho de veto. De este modo, las Naciones Unidas llegarían a ser el único sujeto legitimado para el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Lo expuesto conlleva, como natural consecuencia, la revisión de rígidos principios rectores de las relaciones internacionales, como el de soberanía o el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

En lo económico es patente el cuestionamiento de las fronteras. El mercado y la moneda escapan al concepto de soberanía. Se advierte, asimismo, una crisis del estatismo dirigista y controlista, un consecuente resurgir del liberalismo económico y, en general, una mayor interdependencia entre los Estados.

En lo social, se hace cada día más clamoroso el reclamo de vastos sectores marginados del Tercer Mundo por el efectivo imperio de la justicia social. Es también evidente el esfuerzo que se realiza para evitar el creciente deterioro del ambiente y para mantener el equilibrio ecológico.

## VI. LA TRANSICIÓN ENTRE DOS ÉPOCAS HISTÓRICAS

Los rápidos y esquemáticos trazos de algunos resaltantes aspectos de la realidad contemporánea, nos parecen suficientes para avalar la intuición de que estamos dejando una época de la historia para ingresar a otra. Todo hace pensar que nos hallaríamos situados en un periodo de transición entre dos momentos históricos, en un tiempo de pasaje entre dos modelos de vida. Nos encontraríamos por abandonar una época pero sin haber aún ingresado, plena y definitivamente, en otra. Estaríamos, tal vez, atravesando el amplio y difuso umbral que nos ha de permitir instalarnos, casi insensiblemente, en un diferente tiempo histórico.

No son escasos los autores que comparten esta intuición. Farjat caracteriza nuestro tiempo como uno de aceleración considerable del proceso de evolución constante, por lo que "la novedad, la movilidad y la incertidumbre son elementos de la vida social".<sup>12</sup> Para Mario Bunge, el presente siglo parece ser "el más denso en cambios profundos de todo tipo, muy pocos de los cuales fueron pronosticados, ya sea por científicos o por adivinos".<sup>13</sup> Jaspers estima que por primera vez se ha iniciado un verdadero dominio de la naturaleza, lo que constituye un acontecimiento sin precedentes en la historia de la humanidad.

Para Castán Tobeñas, la crisis actual "marca un periodo de transformación que se puede calificar de revolucionario, más profundo que ninguno de los que en la historia moderna le han precedido". Fromm, por su parte, estima que nos estamos dirigiendo a un nuevo tipo de sociedad y de vida humana de la cual "ahora vemos sólo el inicio y que rápidamente se está avecinando". Esta sociedad, a la que designa como "tecnotrónica", se vislumbra radicalmente diversa a la actual.

<sup>12</sup> Farjat, Gerard, "Nuevas tecnologías y derecho económico", *El derecho y las nuevas tecnologías*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 535.

<sup>13</sup> Bunge, Mario, "El siglo más denso", *Dominical* (suplemento), *El Comercio de Lima*, 5 de agosto de 1990, p. 8.

En lo que respecta al impresionante desarrollo científico y al de las nuevas tecnologías, cabe anotar que es opinión generalizada que, si bien representan la posibilidad para que el ser humano alcance mejores niveles de vida, pueden ellos también conducirnos a un proceso de deshumanización que llegaría, en ausencia de un control jurídico internacional, hasta poner en riesgo la especie humana misma.

Aunque corresponde en definitiva a los pensadores y a los historiadores del futuro señalar una fecha o un fenómeno como el del inicio de la nueva etapa histórica, nada impide el formular hipótesis sobre el tema. Según algunos, éste se produce en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales del presente siglo. Nos adherimos a esta apreciación en la medida en que concedemos suma importancia a los significativos hallazgos de la filosofía de la existencia, en lo que atañe a la naturaleza del ser humano. Estos decisivos aportes han permitido reforzar una posición humanista o personalista que, no obstante todas las asechanzas en ciernes, aspira a servir de paradigma en lo que concierne a las relaciones humanas y, particularmente, en la forja del nuevo derecho.

Thomas Mann coincide en fijar el inicio del proceso en este mismo periodo, en el cual, según su criterio, "tuvieron principio tantas cosas que habían apenas terminado de comenzar". Otros, dejando volar la fantasía, se remiten al momento en que Aldous Huxley o George Orwell diseñaban sus utopías negativas, mientras que Rodotá anota que "la fuerza de las coincidencias, o de los símbolos" hace que sea el año de la gran novedad, 1989, como el momento de tal inicio.<sup>14</sup>

## VII. EL DERECHO EN UN MUNDO EN TRANSICIÓN ENTRE DOS ÉPOCAS

Como señala acertadamente Rodotá, existe siempre en los tiempos de transición entre dos épocas la urgencia de apelar a las leyes, por lo que "se siente la preponderante necesidad de hablar el lenguaje del derecho".<sup>15</sup> Ello es así en tanto que, como lo hemos subrayado, las transformaciones operadas a nivel de la vida humana social, crean la ineludible y simultánea exigencia de valorar las nuevas relaciones humanas surgidas a partir de dichos cambios, con el fin de formular las nuevas normas que deben regularlas.

<sup>14</sup> Rodotá, Stefano, *Repertorio di fine secolo*, Roma Bari, Sagittari Laterza, 1992, p. 11.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 14.

No hacerlo, como ocurre ante ciertas situaciones y en no pocos países con realidades tales como los trasplantes de órganos, la fecundación humana asistida o la adecuación sexual y cambio de nombre en casos de transexualismo es, a veces, un modo de evitar su legitimación normativa. En este caso se deja a los jueces la delicada tarea de resolver los conflictos que pudieran presentarse mediante la aplicación de los principios generales del derecho, las normas consuetudinarias o apelando a una personal vivencia valorativa. Actualmente, por ejemplo, diversas voces reclaman una moratoria antes de legislar sobre determinados preocupantes aspectos derivados del proyecto genoma humano.

La transición de épocas se manifiesta en lo jurídico cuando, en una primera instancia, se revisan sus propios supuestos con la finalidad de adecuarlos a las nuevas realidades. Estimamos que este replanteo crítico ya se ha cumplido.

En tal sentido, consideramos que se ha esclarecido que el derecho es siempre exclusiva relación entre sujetos; que los sujetos del derecho son los seres humanos libres, cuya estructura es bidimensional, es decir, que sin dejar de ser individuos son, simultáneamente, sociales; que el derecho es tridimensional, en tanto surge de la interacción dinámica de vida humana, normas y valores; que, por esta última circunstancia, todo lo que está en la vida se halla en el derecho. Expresado en otros términos, que ninguna conducta humana es ajena a una valoración y a una consiguiente normación jurídica y que, por ende, todos los valores que el ser humano vivencia en su vida pertenecen también a la esfera del derecho.<sup>16</sup>

Como corolario de lo expuesto, se hace indispensable un redimensionamiento del individualismo y del patrimonialismo que han orientado la legislación comparada, para remarcar la importancia capital del valor solidaridad en el vivenciamiento del derecho.

La revisión efectuada, a nivel jusfilosófico, de los supuestos del derecho, obliga a los juristas a conciliarlas con la institucionalidad jurídica, para lo cual es indispensable proceder a su replanteo teórico a la luz de las nuevas realidades. La primera de ellas es la concierne al lugar privilegiado que ocupa el ser humano, en cuanto sujeto de derecho, es decir, como centro y eje del sistema jurídico. La calidad de ser libre que ostenta, y que lo hace proyectivo, creador e impredecible, han puesto en evidencia que ningún catálogo de

<sup>16</sup> Los recientes desarrollos sobre el análisis económico del derecho, privilegian en lo jurídico el valor de la utilidad.

derechos, por más minucioso y exhaustivo que sea, agotará los intereses de un ser de tal calidad ontológica. De ahí que resulte indispensable, para la debida protección de los intereses existenciales no tutelados específicamente, el consignar en los ordenamientos jurídicos, a nivel constitucional, cláusulas generales y abiertas que faciliten la protección jurisprudencial de cualquier derecho subjetivo atípico o imperfecto que derive de la dignidad de la persona.

Observando el panorama que en la actualidad nos ofrece la ciencia del derecho, podemos confirmar nuestra apreciación de que el proceso de revisión de la institucionalidad jurídica está en marcha. Es decir, que como no podría ser de otra manera, el derecho se halla en un periodo de movilidad propia de una etapa de transición hacia una nueva época, la que se vislumbra signada por el humanismo o personalismo jurídico, pese a los graves riesgos y amenazas que acechan a la especie humana de no regularse en forma justa, rápida y cauta los aportes científicos y tecnológicos con el fin de orientarlos exclusivamente al servicio del hombre.

Algunas instituciones y conceptos medulares del derecho han merecido, no sin un previo debate y lógicas resistencias, una profunda reflexión a la luz de los nuevos supuestos. Correspondió a la propiedad, dada su importancia para la vida y a la carga ideológica que conlleva, la de ser, probablemente, la primera institución jurídica sujeta a revisión. Le sigue en el tiempo el cuestionamiento y replanteo de la fundamental clasificación del derecho en público y privado.

Otras instituciones han sido también materia de hondo repensamiento. Recordamos, entre ellas, la autonomía de la voluntad, la subjetividad jurídica, el abuso del derecho, la responsabilidad civil, la persona jurídica. En la actualidad se aprecia, entre un sector de juristas, un manifiesto interés en meditar sobre otros conceptos claves del derecho, como son los relativos a la capacidad y al acto jurídico. Esta reflexión alcanza también a nociones propias del derecho penal, como la de delito y la de pena privativa de la libertad.

### VIII. LOS NUEVOS ALCANCES DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA

Si el derecho es coexistencial, es decir, intersubjetivo o, dicho en otros términos, supone la necesaria relación entre dos o más sujetos, debemos concluir que no es posible mantener vigente una posición plenamente individualista.

Una visión intersubjetiva del derecho nos permite esclarecer que no caben individuos encerrados sobre sí mismos, incomunicados, des-

conectados de su hábitat natural que es lo social. Si esto es así, debemos convenir que no cabe seguir sosteniendo, a la manera de Windscheid o Ihering, que el derecho subjetivo es exclusivamente un "poder de voluntad" del sujeto o solamente un interés individual jurídicamente protegido. Esta visión restrictiva, unidimensional, de la subjetividad jurídica, no refleja la realidad de la vida ni, por consiguiente, la del derecho.

Dicha comprobación ha obligado a los juristas a una reformulación del concepto de derecho subjetivo para, sin negarlo, enriquecerlo y completarlo en consonancia con la realidad. Es decir, desplegarlo en una dimensión coexistencial.

La primera conclusión que se obtiene de este replanteo es que no existe un derecho subjetivo absoluto, ya que todo derecho debe necesariamente relacionarse con el derecho de los demás, de lo que nace un deber a cargo del titular. Se aprecia así que todo derecho es, de suyo, relativo, desde que, como se ha anotado, en su propia estructura acoge el deber que surge para el titular de respetar el derecho de los demás.<sup>17</sup>

Para describir esta realidad se ha acuñado una nueva expresión, como es la de "situación jurídica subjetiva". A través de ella se infiere que todo sujeto jurídicamente situado no sólo tiene derechos sino que, simultáneamente, está sometido a deberes. Estos últimos tienen como fuente específica la naturaleza misma del derecho y, genéricamente, los principios generales que obligan a todo titular de un derecho a ejercitarlo o a no usarlo cuando amenace o lesione los derechos o los intereses de los demás. A esta situación jurídica subjetiva se le reconoce como activa o de beneficio.

Lo expresado en relación con el derecho subjetivo es de total aplicación al deber jurídico, en la medida en que todo deber conlleva también derechos que, asimismo, derivan o de la propia naturaleza del derecho de que se trate o de los principios generales del derecho. A esta situación se le designa como pasiva o de deber.

#### IX. LA CLASIFICACIÓN FUNDAMENTAL DEL DERECHO

En atención a la estructura bidimensional del ser humano, no es posible pretender que tenga validez la clasificación del derecho en público y privado. Siendo el hombre un ser social, no puede hacerse

<sup>17</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 54 y ss.

abstracción del interés comunitario que en él está presente, en mayor o menor dosis. Y, viceversa, todo interés público o social no puede desconocer el interés privado de los que integran lo social. La clasificación en referencia no es, por ello, descriptiva de su objeto. No cabe, por ello, formular una tajante distinción entre el interés individual o privado y el público o social.

En síntesis, la aprehensión de la coexistencialidad connatural al ser humano ha despojado a esta tradicional clasificación de su sustento ontológico.

#### X. PROPIEDAD Y ABUSO DEL DERECHO

No requiere de mayor comentario, por ser ampliamente conocida, la evolución del concepto de propiedad que, de concebirse como un derecho absoluto, se le reconoce en la actualidad, en mérito a la intersubjetividad jurídica, su inherente función social.

Una simple revisión de la legislación comparada, a partir del Código Civil de los franceses hasta nuestros días, permite verificar los diversos instantes por los que ha atravesado la reformulación de la noción de propiedad. No podemos dejar de recordar, a este propósito, la famosa sentencia del Tribunal de Colmar que, emitida en 1855<sup>18</sup> es, quizá, uno de los más significativos embriones de este proceso o la Constitución de Weimar, de 1919, que representa uno de sus momentos estelares. O, finalmente, el artículo 30 de la Constitución de Colombia, de 1991, que prescribe textualmente que: "La propiedad es una función social que implica obligaciones".

La adecuación del concepto jurídico de propiedad a los nuevos supuestos del derecho conduce a una necesaria reflexión sobre la discutida noción de abuso del derecho. Ella ha sido concebida como un simple exceso o irregularidad en el ejercicio o en el no uso de un derecho, lo que permite que permanezca en el ámbito de la licitud. No obstante, de una atenta revisión de la figura se concluye, en cambio, que constituye un acto ilícito.

En la evolución del concepto de abuso del derecho se advierte, tal vez con mayor nitidez que en otras nociones, el pasaje o transi-

<sup>18</sup> La sentencia se refiere al caso de un propietario que edificó sobre su casa una grande y falsa chimenea delante de la ventana de su vecino, con el propósito de causarle un perjuicio quitándole aire y luz. En este fallo se establece que el ejercicio de un derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo, lo que no ocurría en el caso sometido a su jurisdicción.

ción entre una concepción del derecho sustentada en una visión individualista y unidimensional, hacia otra signada por el humanismo o personalismo jurídicos. Es fácil percibir que es notable el vuelco que se observa en el enfoque de la institución. En efecto, como se ha remarcado, el abuso del derecho, de ser considerado por la doctrina como un acto lícito, aunque descomedido y anormal, pasa a ser nada menos que un acto ilícito. El cruce de la frontera de la licitud es evidente e irreversible a la luz de los nuevos supuestos que sirven de fundamento a la institucionalidad jurídica.

En la actualidad, no sin fatiga, se ha llegado a perfilar la noción de abuso de derecho como la de un acto ilícito *sui generis*, que consiste en la transgresión de un genérico deber cuya inobservancia agrava un interés patrimonial. El abuso del derecho se presenta tanto en el ejercicio como en el no uso de un determinado derecho.<sup>19</sup> Ha sido posible llegar a esta específica connotación conceptual en la medida en que los juristas aceptan y adoptan, como fundamento de la reformulación operada, el supuesto de que el derecho constituye una experiencia coexistencial.

## XI. REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA PERSONA JURÍDICA

La visión tridimensional del derecho permite, después de una atenta reflexión crítica, reconsiderar el clásico concepto de persona jurídica, formulado sobre la base de una unidimensional concepción formalista del derecho. La persona jurídica había sido reducida a un inasible ideal, centro de referencia de situaciones jurídicas, y hasta a una mera expresión lingüística.

La experiencia jurídica nos muestra cómo, primariamente a nivel de la vida, la persona jurídica es siempre una organización de personas. Es decir, un conjunto de seres humanos concretos que persiguen en común una finalidad valiosa, para lo cual se organizan atribuyéndose entre ellos específicas funciones. Esta organización no sólo realiza una actividad valiosa sino que, mediante el empleo de una ficción jurídica, imputa sus derechos y deberes a un centro unitario formal de referencia. Se trata de un recurso de técnica jurídica cuya utilización permite que, a partir de la inscripción en un determinado registro o por un acto de reconocimiento gubernativo, según sea el caso, y mediante un proceso de abstracción mental, la pluralidad de

19 Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, pp. 135 y ss.

seres humanos que la integran se reduzca, sólo para el efecto de la atribución de situaciones jurídicas subjetivas, a un centro formal de referencia. Ello no implica, por cierto, la desaparición mágica de la pluralidad de seres humanos que la conforman.<sup>20</sup>

En síntesis, la persona jurídica se constituye, como toda otra institución jurídica, mediante la interacción dinámica de vida humana, normas y valores, por lo que no es realmente posible reducir la persona jurídica a sólo una de estas dimensiones. La persona jurídica no es únicamente una organización de personas ni simplemente una finalidad valiosa ni mucho menos un centro unitario ideal de referencias jurídicas. Sólo una aprehensión tridimensional permite captarla como una totalidad.<sup>21</sup>

## XII. LA REFORMULACIÓN DE OTROS INSTITUTOS JURÍDICOS

No nos detendremos en el análisis de la evolución del concepto de autonomía de la voluntad, por cuanto ha sido materia de un amplio tratamiento doctrinario y, además, porque estimamos que las instituciones jurídicas a las que nos hemos referido en precedencia son suficientes, por su número e importancia, para comprobar que el derecho se encuentra en un momento de extrema movilidad, en el cual se viene realizando la gradual revisión de sus instituciones, lo que denota que nos hallamos en un momento de transición entre dos épocas.

### 1. *La reformulación de la responsabilidad civil*

No obstante lo expresado, es del caso señalar que, como les consta a los hombres de derecho, está en curso la reformulación del instituto de la responsabilidad civil. El haberse reconocido la centralidad de la persona humana, ha permitido percibir que lo que interesa básicamente no es tanto la determinación de la culpa, sino la protección de la víctima, con el fin de que no se le prive de una adecuada indemnización frente a un daño injusto. Por otra parte, se

20 Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho de las personas", exposición de motivos y comentarios al libro primero del *Código Civil peruano*, Lima, Cultural Cuzco, 1992, pp. 147 y ss.

21 Para una visión del tridimensionalismo, véase Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho como libertad*, 2a. ed., Lima, Universidad de Lima, 1994.

advierte en la actualidad una creciente tendencia a reparar el daño a la persona, incluyendo aquel que compromete el proyecto de vida.

## 2. *Cuestionamiento en torno a la capacidad jurídica*

Finalmente, no quisiéramos dejar de lado dos conceptos que empiezan a merecer la atención de los juristas, como son los relativos a la capacidad y al acto jurídico. Se tiende a depurar la noción de capacidad con el fin de suprimir, por no guardar sintonía con la estructura del ser humano, la clásica distinción existente entre la capacidad de goce y la de ejercicio. La clasificación se fundamenta en la consideración de que tales capacidades representan dos categorías existenciales diferentes.

Un cuidadoso análisis del concepto, interrelacionando con la realidad de la experiencia humana, permite afirmar que la capacidad, al igual que la personalidad, se integra y confunde con la persona misma. Tanto la personalidad como la capacidad son connaturales al ser humano, pertenecen a su estructura. Ellas no son, por consiguiente, susceptibles de limitación alguna. No es posible concebir  $\clubsuit$  una personalidad ni una capacidad semiplenas.

De lo expresado se desprende que no existiría, por tanto, incapacidad relativa de goce. Todo ser humano, por ser tal, tiene capacidad, la misma que no puede sufrir recorte o limitación alguna. Lo que ocurre es que, en la práctica, en el mundo fenoménico, esta capacidad humana, que es potencialmente igual para todos los hombres, no puede ser ejercida, en ciertos casos que la ley señala, de modo pleno o parcialmente, por un determinado sujeto. Es decir, que cualquier limitación se ha de referir, siempre y solamente, al ejercicio por la propia persona de la potencial capacidad de la que está naturalmente dotada.

## 3. *Revisión de la noción de acto jurídico*

En cuanto al acto jurídico, se advierte una creciente inquietud de parte de un sector de la doctrina por revisar cuidadosamente su construcción conceptual. Se intuye que este concepto tampoco guardaría plena concordancia con la realidad. Se esgrime, como prueba de ello, la multiplicidad de posiciones existentes cuando se trata de precisar cuál es su objeto o contenido.

Es una delicada tarea que han de afrontar próximamente los hombres de derecho.

### XIII. FUNCIONES DEL DERECHO EN UN PERIODO DE TRANSICIÓN

Cabe señalar que el derecho de un periodo de transición fluido por naturaleza, debe cumplir diversas funciones. Sin duda, ha de continuar el proceso de repensamiento de la institucionalidad jurídica, allí donde fuere pertinente, para adecuar la normatividad vigente a los supuestos humanistas del derecho. Pero también, luego de un detenido valioso vivenciamiento de las conductas intersubjetivas implicadas en las transformaciones en curso, debe suministrar, con la prontitud que el caso lo requiera, las normas que aseguren que las nuevas tecnologías estarán siempre al servicio del hombre.

Como natural consecuencia de lo señalado, la función permanente y prioritaria del derecho es la de lograr la plena tutela de la persona humana, a través no sólo de la vigencia de un puntual catálogo de derechos subjetivos, que protegen determinados aspectos de la misma, sino cuidando que en los textos constitucionales o civiles se incluyan cláusulas generales, abiertas o en blanco que permitan al juez tutelar eficazmente cualquier interés existencial que, derivado de la dignidad de la persona, no se encuentre aún recogido por una expresa norma jurídica.

En esta irrenunciable tarea, el jurista debe tener presente, como señala Raiser, que “la exigencia de tutelar la dignidad de la persona y de garantizar el pleno desarrollo de su personalidad es legítima, y debe ser respetada y satisfecha, en la medida en que es del mismo modo legítima la exigencia que la persona ponga sus propias capacidades al servicio de la comunidad”. Como anota el propio autor, “una sociedad que tenga en cuenta sólo una de estas exigencias, descuidando la otra, está amenazada en su propio ser”. De ahí que podamos concluir estas reflexiones, recordando con Raiser, que impedir que ello ocurra forma parte del oficio público del jurista.<sup>22</sup>

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO

<sup>22</sup> Raiser, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, trad. del alemán de Cosimo Mazzoni y Vincenzo Varano, Milano, Giuffrè, 1990, p. 129.