

DERECHO DE NUEVAS TECNOLOGIAS E IDENTIDAD DIGITAL

New Technologies Law and Digital Identity

Carlos A. Ferreyros Soto¹

RESUMEN:

Derecho de Nuevas Tecnologías/Derecho de Personas e Informática/Identidad Digital/Tecnologías Convergentes e Integradoras/Tecnologías de la información y de las comunicación/TICs/Nanotecnologías/Biotecnologías/Tecnologías del Conocimiento/NBIC/Derecho y obligaciones de la persona física real/ Derecho y obligaciones de la persona digital.Existencia/Identidad e Individualización/Nombre/Unificación/Sexo/Nacionalidad/ Actos de estado civil/ Derechos de la personalidad, libertades e igualdades/Derecho a-sobre la imagen/Derecho al honor/Derecho a la vida privada y a la intimidad/Libertades individuales/Igualdad civil/Libro Derecho de Personas e Informática/Editorial Grijley 2016/Elena y Carlos Ferreyros Soto/David Mauricio Sánchez/ Perú//

Palabras clave: Nuevas Tecnologías; Identidad Digital; Derecho y obligaciones de la persona física real.

ABSTRACT:

New Technologies Law/Personal and Computer Law/ Digital Identity/Digital Identity/Convergent and Integrating Technologies/Information and Communication Technologies/ICTs/Nanotechnologies/Biotechnologies/Knowledge Technologies/NBIC/Rights and obligations of the real physical person/ Rights and obligations of the digital person. Existence/Identity and Individualization/Name/Unification/Sex/Nationality/ Acts of civil status/Personality rights, liberties and equality/Right to image/Right to honor/Right to private life and intimacy/Individual liberties/Civil equality/Book Derecho de Personas e Informática/Editorial Grijley 2016/Elena and Carlos Ferreyros Soto/David Mauricio Sánchez/Peru///

Keywords: *New Technologies; Digital Identity; Law and obligations of the real natural person.*

¹ Doctor en Derecho Informático (Université Montpellier 1, Francia), Abogado y Sociólogo (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), y Diplomado en Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática de Madrid, España. E-mail: cferreyros@hotmail.com / <https://derecho-ntic.blogspot.com/>

SUMÁRIO

Nanotecnologías Biotecnologías Informática Ciencias Cognitivas. (NBIC). Ciencia, Tecnología NBIC. ¿Qué es Tecnología? ¿Qué es técnica?Cuál es el propósito de las tecnologías? ¿A qué se denomina NBIC? ¿Qué son y qué funciones tienen las Nanotecnologías? ¿Qué son y qué funciones tienen las Biotecnologías? Biotecnología aplicada a salud humana. Biotecnología alimentaria. Biotecnología industrial farmacéutica. Biotecnología ambiental. Biotecnología agropecuaria (vegetal y animal). ¿Qué es y cuáles son las funciones por la informática? ¿Qué son y qué funciones tienen las Ciencias Cognitivas? La convergencia como principio fundamental del progreso. ¿Por qué razones utilizamos las NBIC? Razones Económicas, de Salud, Psicológicas, Sociales. Razones Micro Económicas. Razones Macro Económicas-Sociales: .- Lógica del sistema liberal de competencia. .- Innovación: descubrimiento de nuevas tecnologías .- Normalización, o estandarización. -Miniaturización.- Posicionamiento y control mercantil.- Hegemonía. ¿Consecuencias de las NBIC? PERSONA FÍSICA Y DIGITAL. 1) Derecho y obligaciones de la persona física real.1.1. Existencia. 1.1.1. Cuerpo humano. 1.1.1.1. Disposición del propio individuo. 1.1.1.2. Amenazas y violaciones por terceros. 1.1.2. Existencia propiamente tal. 1.1.2.1. Nacimiento. 1.1.2.2. Muerte. 1.1.2.3. Consecuencias. 1.1.3. No presencia física. 1.1.3.1. Alejamiento. 1.1.3.2. Ausencia. 1.1.3.3. Desaparición. 1.2. Identidad e individualización. 1.2.1. Identificación. 1.2.1.1. Acción de Identificación. 1.2.1.2. Falta de identificación. 1.2.2. Nombre. 1.2.3. Ubicación. 1.2.3.1. Domicilio. 1.2.3.1.1. Interés social. 1.2.3.1.2. Características. 1.2.3.1.3. Reglas de su determinación. 1.2.3.1.4. Protección del Domicilio. 1.2.3.2. Residencia. 1.2.4. Sexo. 1.2.4.1. Diferencia de sexo. 1.2.4.1.1. Comprobación. 1.2.4.1.2. Transexualismo. 1.2.4.1.3. Consecuencias. 1.2.4.2. Igualdad de sexo. 1.2.4.2.1. Principios. 1.2.4.2.2. Excepción. 1.2.5. Nacionalidad. 1.2.5.1. Antecedentes. 1.2.5.2. Definición y derechos humanos.1.2.5.2.1. Definición. 1.2.5.2.2. Derechos humanos. 1.2.5.3. Adquisición y pérdida de la nacionalidad originaria o adquirida. 1.2.5.3.1. Adquisición. 1.2.5.3.2. Pérdida. 1.2.5.3.3. Recuperación. 1.2.5.3.4. Efectos. 1.2.5.3.5. Doble o múltiple nacionalidad. 1.2.5.4. Conflictos de nacionalidad. 1.2.5.4.1. Clases. 1.2.5.4.2. Sobre la persona. 1.2.5.4.3. Origen. 1.2.5.4.4.

Resolución de conflictos. **1.2.5.4.5.** Instrumentos jurídicos reguladores. **1.2.5.5.** Régimen de la nacionalidad en el Perú. **1.2.5.5.1.** Legislación nacional. **1.2.5.5.2.** Objeto. **1.2.5.5.3.** Fases. **1.2.6.** Actos de estado civil. **1.2.6.1.** En servicio público de estado civil. **1.2.6.1.1.** Principio de juridicidad. **1.2.6.1.2.** Principio de misión de la administración. **1.2.6.2.** Los propios actos de estado civil. **1.2.6.2.1.** Formalismo. **1.2.6.2.2.** Valor probatorio. **1.2.6.2.3.** Publicidad. **1.2.6.3.** Los procesos en materia de estado civil. **1.2.6.3.1.** Procesos rectificativos. **1.2.6.3.2.** Procesos supletorios. **1.3.** Derechos de la personalidad, libertades e igualdades. **1.3.1.** Derecho de la personalidad. **1.3.1.1.** Derecho a la imagen. **1.3.1.1.1.** Derecho a la imagen. **1.3.1.1.2.** Derecho sobre la imagen. **1.3.1.2.** Derecho al honor. **1.3.1.2.1.** Definición. **1.3.1.2.2.** Amenazas. **1.3.1.3.** Derecho a la vida privada y a la intimidad. **1.3.1.3.1.** Concepto de vida privada. **1.3.1.3.2.** Difusión de informaciones relativa a la vida privada. **1.3.1.3.3.** Excepciones al derecho de la vida privada. **1.3.1.3.4.** Rasgos comunes al derecho de la personalidad. **1.3.2.** Libertades individuales. **1.3.2.1.** Libertad de movimiento. **1.3.2.2.** Libertad de hacer y no hacer. **1.3.2.3.** Libertad de domicilio o inviolabilidad. **1.3.2.4.** Libertad de conciencia. **1.3.2.5.** Libertades Profesionales. **1.3.3.** Igualdad civil. **1.3.3.1.** Principios y límites a la igualdad civil. **1.3.3.2.** Las desigualdades legitimadas. **1.3.3.2.1.** Excepciones al derecho civil clásico. **1.3.3.2.2.** Excepciones del derecho civil contemporáneo. **1.3.3.3.** Discriminaciones. 2) Derecho y obligaciones de la persona digital. **2.1.** Existencia. **2.1.1.** Cuerpo humano. **2.1.1.1.** Disposición del propio individuo. **2.1.1.2.** Amenazas y violaciones por terceros. **2.1.2.** Existencia propiamente tal. **2.1.2.1.** Nacimiento. **2.1.2.2.** Muerte. **2.1.2.3.** Consecuencias. **2.1.3.** No presencia física. **2.1.3.1.** Alejamiento. **2.1.3.2.** Ausencia. **2.1.3.3.** Desaparición. **2.2.** Identidad e Individualización. Identidad. Nombre. **2.2.3.** Ubicación. **2.2.3.1.** Domicilio. **2.2.3.1.1.** Interés social. **2.2.3.1.2.** Características. **2.2.3.1.3.** Reglas de su determinación. **2.2.3.1.4.** Protección del Domicilio. **2.2.3.2.** Residencia. **2.2.4.** Sexo. **2.2.4.1.** Diferencia de sexo. **2.2.4.2.** Igualdad de sexo. **2.2.5.** Nacionalidad. **2.2.5.1.** Antecedentes. **2.2.5.2.** Definición y derechos humanos. **1.2.5.3.** Adquisición y pérdida de la nacionalidad originaria o adquirida. **2.2.5.4.** Conflictos de nacionalidad. **2.2.5.5.** Régimen de la nacionalidad en el Perú. **2.2.6.** Actos

de estado civil. **2.2.6.1.** En servicio público de estado civil. **2.2.6.2.** Los propios actos de estado civil. **2.2.6.3.** Los procesos en materia de estado civil. **2.3.** Derechos de la personalidad, libertades e igualdades. **2.3.1.** Derecho de la personalidad. **2.3.1.1.** Derecho a la imagen. **2.3.1.1.1.** Derecho a la imagen. **2.3.1.1.2.** Derecho sobre la imagen. **2.3.1.2.** Derecho al honor. **2.3.1.2.1.** Definición. **2.3.1.2.2.** Amenazas. **2.3.1.3.** Derecho a la vida privada y a la intimidad. **2.3.1.3.1.** Concepto de vida privada. **2.3.1.3.2.** Difusión de informaciones relativa a la vida privada. **2.3.1.3.3.** Excepciones al derecho de la vida privada. **2.3.1.3.4.** Rasgos comunes al derecho de la personalidad. **2.3.2.** Libertades individuales. **2.3.2.1.** Libertad de movimiento. **2.3.2.2.** Libertad de hacer y no hacer. **2.3.2.3.** Libertad de domicilio o inviolabilidad. **2.3.2.4.** Libertad de conciencia. **2.3.2.5.** Libertades Profesionales. **2.3.3.** Igualdad civil. **2.3.3.1.** Principios y límites a la igualdad civil. **2.3.3.2.** Las desigualdades legitimadas. **2.3.3.2.1.** Excepciones al derecho civil clásico. **2.3.3.2.2.** Excepciones del derecho civil contemporáneo. **2.3.3.3.** Discriminaciones. Regulación de NBIC. Regulación y NBIC. Constitución y Leyes. Prejuicios. Jerarquía e Interpretación. Precedencia. La ciencia, la tecnología y la evidencia. Conclusión. Post Conclusión: El Transhumanismo. BIBLIO

CIENCIA, TECNOLOGÍA NBIC

¿Qué es Tecnología?

Conjunto de los conocimientos propios de una técnica.

Un útil, herramienta, un instrumento tecnológico

¿Qué es técnica?

Conjunto de procedimientos o recursos que se usan en un arte, en una ciencia o en una actividad determinada, en especial cuando se adquieren por medio de su práctica y requieren habilidad, destreza.

La técnica es una forma de conocimiento, primero empírico, luego formal, finalmente, científico.

Cuál es el propósito de las tecnologías?

Hacer más eficiente las limitadas capacidades de la persona humana:

Extender o compensar las capacidades de la persona humana

Primero: Capacidades físicas

Actualmente: Capacidades psicológicas, racionales, intelectuales, cognitivas.

¿A qué se denomina NBIC?

- **N**anotecnologías
- **B**iotecnologías
- **I**nformática
- **C**iencias Cognitivas

NBIC es un acrónimo de nanociencia y nanotecnología, biotecnología y biomedicina (incluida la ingeniería genética), tecnología de la información y ciencia cognitiva y neurociencia. Se espera que este conjunto de tecnologías relacionadas tenga importantes implicaciones para la sociedad y, por tanto, para la profesión jurídica. El concepto NBIC, nombrado a finales de 2001, fue el resultado de una reunión que exploró las implicaciones sociales de la investigación en nanotecnología. Representa una «combinación multidisciplinaria de ciencia, ingeniería, tecnología y medicina» y el gobierno canadiense ha señalado que esta convergencia tendrá un valor estimado en el mercado mundial de 260.000 millones de dólares estadounidenses para 2005. Las implicaciones generales de la NBIC incluyen la ampliación de la cognición y la comunicación humanas, mejora de la salud humana y las capacidades físicas, nuevas oportunidades para fortalecer la seguridad nacional, nuevos métodos de apren-

dizaje y educación, y una sociedad en red con una inteligencia colectiva global. Los problemas legales planteados por NBIC afectarán no solo la ley de propiedad intelectual, sino también una variedad de otras áreas de práctica, como la ley de privacidad, la discriminación, la transferencia de tecnología, la responsabilidad extracontractual y la ley de salud. Se espera que haya nuevas variaciones de los viejos juicios por agravio que surjan del uso de la nanotecnología. Los nuevos productos y procesos creados por la nanotecnología requerirán nuevas formas y grados de regulación. La generación de información biomédica sobre la estructura del ADN y la propensión a enfermarse tendrá efectos sobre la privacidad individual. El potencial de manipulación del cerebro humano que surge de la convergencia de la neurociencia y la bioingeniería probablemente requerirá y atraerá regulación. Para el texto de «Tecnologías convergentes para mejorar el desempeño humano: nanotecnología, biotecnología, tecnología de la información y ciencia cognitiva», un informe de EE. UU. Patrocinado por la National Science Foundation y el Departamento de Comercio, consulte: <http://www.wtec.org/> Tecnologías convergentes. Para el sitio web de Industry Canada sobre tecnologías convergentes, visite: <http://makeashorterlink.com/?N24523F46>. Resumen de: Clare McCurley

¿Qué son y qué funciones tienen las Nanotecnologías?

La Nanotecnología se define como una tecnología en base a una nanoescala (Nano: Prefijo de origen griego que participa en la formación de nombres, generalmente medidas, con el significado de 'la milmillonésima parte de una unidad').

La nanotecnología tiene aplicaciones en todas las actividades del quehacer humano, como: medio ambiente, sector energético, medicina, electrónica, exploración espacial, construcción, agricultura, cosmética, etc.

Su impacto en la sociedad será creciente, y existe consenso de que Nanotecnología participará en la revolución industrial del siglo XXI, tal como lo predijo Charles M. Vest's (ex-Presidente del MIT (Massachusetts Institute of Technology) en un discurso el año 2001.

¿Qué son y qué funciones tienen las Biotecnologías?

La biotecnología se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos (Convention on Biological Diversity, Article 2.)

La biotecnología puede ser clasificada en cinco áreas:

Biotecnología aplicada a salud humana

Participa en áreas relacionadas con el uso de vegetales y animales transgénicos, trasplantes, terapia génica, donación de órganos,...

Biotecnología alimentaria

- Destaca el proceso de fermentación, con dos tipos principales:
- Fermentación alcohólica o etanólica.
- Fermentación láctica.

Biotecnología industrial farmacéutica

- Destacan varias aplicaciones:
- Producción de antibióticos (naturales, semi-sintéticos o sintéticos).
- Obtención de proteínas recombinantes, como el ejemplo de la insulina humana.
- Vacunas de nueva generación, como por ejemplo las vacunas recombinantes y comestibles.
- Producción industrial de sueros.

Biotecnología ambiental

También existen múltiples campos de aplicación:

- La bio-remediación para la limpieza de lugares contaminados.
- Depuración de aguas residuales.
- Tratamiento de residuos y compostaje.
- La biodegradación de materiales (por ejemplo, los plásticos biodegradables)

Biotecnología agropecuaria (vegetal y animal)

Es el conjunto de las posibles aplicaciones de la biotecnología a las actividades productivas del ámbito agropecuario (agrícola y pecuario), utilizándose en varias líneas de investigación:

- Plantas resistentes a insectos.
- Cultivos resistentes a los virus.
- Tolerancia a herbicidas.
- Mejora nutricional de los cultivos o bio-enriquecimiento.
- Cultivos tolerantes a ciertos metales del suelo, como el aluminio.
- Organismos Modificados Genéticamente (OMG) o transgénicos.

¿Qué es y cuáles son las funciones por la informática?

- Cómputo
- Memorización
- Asociación lógica
- Comunicación

¿Qué son y qué funciones tienen las Ciencias Cognitivas?

Se denomina **ciencia cognitiva** al estudio interdisciplinario de cómo los datos e informaciones, son representados, transformados, conservados en el cerebro, y difundidos.

Algunas de las disciplinas que participan y son sujeto de aplicación:

- Lingüística
- Inteligencia artificial.
- Ciencia neuronal.
- Cibernética.
- Tecnología genética
- Neurociencias

La convergencia como principio fundamental del progreso

Las cuatro disciplinas NBIC están estrechamente vinculadas y, en adelante, no pueden percibirse como otras tantas especialidades científicas herméticas.

La investigación en nanotecnología traerá indudablemente avances deslumbrantes en el campo de la Informática, permitiendo superar los límites previsibles de los procesos tradicionales del grabado de componentes electrónicos, y multiplicar las posibilidades relativas al procesamiento de la información (almacenamiento molecular, cifrado cuántico...).

Asimismo, solo las computadoras más potentes, adaptadas al procesamiento rápido y relevante de gigantescos volúmenes de información, pueden avanzar significativamente en la comprensión del cerebro humano y, por lo tanto, de las Ciencias Cognitivas. Pero este último, asociado a las Biotecnologías, también puede inspirarse en el funcionamiento biológico animal o humano para diseñar nuevos algoritmos o procesos, que también podrían conducir a nuevas etapas en la Computación o la Inteligencia Artificial.

«La convergencia de las ciencias y de las tecnologías en beneficio de la sociedad (CKTS) es el núcleo de oportunidad para el progreso en el 21° siglo. Se define en este estudio como la escalable y transformadora interacción entre disciplinas científicas, tecnologías, comunidades y dominios de la actividad humana para lograr la compatibilidad mutua, el sinergismo e integración, y a través de este proceso crear valor agregado y diversificarse en áreas cumplir objetivos compartidos.

La convergencia es tan esencial para nuestra futura sociedad del conocimiento como lo fueron los motores para la revolución industrial. La CKTS permite a la sociedad responder preguntas y resolver problemas que capacidades aisladas no pueden, así como para crear nuevas competencias, tecnologías y conocimientos sobre esta base. Este concepto se centra en los principios presentados en este informe: de interdependencia en naturaleza y sociedad con aplicación a las plataformas esenciales del sistema de actividad humana; los mejora de la creatividad y la innovación dentro del conocimiento y la tecnología mediante la convergencia - procesos evolutivos de divergencia (spin-off); un enfoque de deducción de sistema holístico que se aplica en análisis de decisión; el valor de los lenguajes multi dominio de alto nivel para generar nuevas soluciones y apoyar la transferencia de nuevos conocimientos; y el valor de los esfuerzos de investigación básica inspirados en la visión.»*

*Convergence of Knowledge, Technology an Society : Beyond convergence of Nano-Bio-Info-Cognitive Technologies 2013. <http://scienceus.org/wtec/docs/nbic2.pdf>

¿Por qué razones utilizamos las NBIC?

Razones Económicas, de Salud, Psicológicas, Sociales

De mejora, ampliación de capacidades fisiológicas, psicológicas, cognitivas, racionales, de comodidad, de normalización.

Razones Micro Económicas

- Productividad: lograr muchos más actos en la misma fracción de tiempo

- Rentabilidad: producir más reduciendo los costes de fabricación, o la producción de productos más estandarizados, normalizados
- Crecimiento: Reproducción ampliada y Acumulación

Razones Macro Económicas-Sociales:

- *Lógica del sistema liberal de competencia.*
- *Innovación: descubrimiento de nuevas tecnologías*
- *Normalización, o estandarización*

Proceso de elaborar, aplicar y mejorar las **normas** que se aplican a distintas actividades científicas, industriales o económicas, con el fin de ordenarlas y mejorarlas.

- Miniaturización,

Reducción de los componentes al mínimo, para ahorrar espacio para el uso tecnologías avanzadas. La reducción del tamaño de los dispositivos tiene como objeto central operar la materia a escala de sus átomos, por lo que es necesario investigar con la suficiente precisión átomos individuales y moléculas, además de diseñar máquinas microscópicas de electrónica avanzada y materiales inteligentes.

La miniaturización se aplica en el campo de la Nanotecnología, ámbito transversal de varias disciplinas (Bioquímica, Electrónica, Informática, Biología molecular, entre otras) y relacionado por la escala de la materia con la que trabajan (a nivel de átomos y moléculas).

- *Posicionamiento y control mercantil*
- *Hegemonía.*

¿Consecuencias de las NBIC?

- Nuevas tecnologías relacionadas a la NBIC y a la convergencia de éstas, experimentan crecimiento extraordinario.
- Las materias primas en los que se basa son: datos, información, conocimientos, pero a su vez generan nuevos bienes.

- La principal materia prima son los datos relativos a la persona humana.
- Los detentores de las NBIC: Estados, Corporaciones, Empresas orientan el modelo de desarrollo y constituyen fuentes hegemónicas de poder.

PERSONA FÍSICA Y DIGITAL

1. Derecho y obligaciones de la persona física real

INTRODUCCIÓN

- El Derecho constituye un conjunto de reglas, principios, valores necesarios para vivir en común.
- La Política y el Derecho proponen, regulan y ejecutan un Proyecto de Sociedad, cada vez mas orientada a los Datos, Información y Conocimiento, en el que las ciencias y las tecnologías deben buscar el progreso y bienestar social pero en el respeto y dignidad de la persona humana.
- Las NBIC, proponen nuevas formas de relación no solo entre las ciencias y tecnologías y el derecho, sino también entre estas y la economía, la sociedad, la cultura, etc.
- Esta nueva relación entre NBIC y el derecho, plantea la cuestión de los bienes y servicios producidos por la convergencia e integración de estas ciencias y tecnologías con los atributos y datos de la persona humana, y el rol y funciones que asumen la Universidad, la Empresa y la Representación Democrática en las orientaciones éticas, morales y jurídicas.

Marco doctrinal

Todos los seres humanos somos ciudadanos, contribuyentes, sujetos de derecho; sin embargo, desde la perspectiva del derecho civil antes todos somos **personas**. Todo aquello que no es una persona es una **cosa**.

No obstante, no todas las personas reconocidas por el derecho civil son seres humanos. En la clasificación del derecho civil se hace una distinción importante: si bien se reconoce a cada individuo como **persona física**, también se reconoce la calidad de **persona jurídica**, llamada también persona moral, a algunas individualidades o agrupaciones tales como las empresas, las asociaciones, las fundaciones, los comités, las comunidades,

Existe pues en el mundo jurídico tal como es concebido por el derecho civil dos categorías de personas, dos especies de sujetos de derechos y de obligaciones: las personas físicas y las personas jurídicas.

Existe pues en el mundo jurídico tal como es concebido por el derecho civil dos categorías de personas, dos especies de sujetos de derechos y de obligaciones: las personas físicas y las personas jurídicas.

La summa divisio, que se remonta al derecho romano, hace de las personas en relación a las cosas, una de las mayores divisiones del derecho. Se la encuentra en las *Institutas* de Gaius. En su obra, el autor adopta un plan tripartito: personas, bienes y acciones, ya que: "(...) todo el derecho que utilizamos se refiere o a las personas, o a los bienes, o a las acciones". Adoptado en el siglo VI por las *Institutas* de Justiniano, este plan será reconocido considerablemente entre los juristas latinos.

Es lógico entonces que esta división haya sido seguida consecuentemente por los redactores de los diferentes códigos civiles - primigénicamente y de singular influencia en América latina el francés, quienes ordenaron las materias tratadas en tres libros: "Personas" (Libro. I), "De los bienes y de las distintas modificaciones de la propiedad" (Libro. II), y de las "Distintas maneras de como se adquiere la propiedad", en el Libro III.

Es este el origen de la clasificación que sigue vigente aun en nuestro derecho contemporáneo. Sin embargo, el concepto de persona ha evolucionado. El término de "persona" no revestía en el derecho romano, ni menos en el derecho latino, el preciso sentido jurídico que hoy le damos. Los juristas romanos utilizaron el término *persona* tanto para designar al hombre en general - Gaius hará figurar los esclavos, jurídicamente considerados como cosas - como a veces, en un sentido más limitado, de

protagonista de la vida jurídica, en función del papel asignado: tributario de obligaciones o beneficiario de derechos.

La persona será definida entonces por las funciones que ejerce en tanto protagonista, y en consecuencia, sujeto de derechos. A partir de esta concepción basada en las funciones de la persona, esta noción va a conocer una evolución consistente en una adecuación entre hombre y persona. Es decir, de reconocer en todo ser humano a una persona en el sentido jurídico del término. Esta adecuación conducirá al surgimiento de una corriente subjetivista que hará de todo hombre un sujeto de derechos; sujeto y consecuentemente, protagonista. Esta evolución es el rasgo dominante de las personas físicas.

Así, el derecho civil de las personas incluye, de un lado, el estudio de las personas físicas (personalidad, limitaciones) y de otro lado, el estudio de las personas jurídicas o morales (constitución, derechos, término).

La persona física o **persona** por excelencia, es el **individuo**, el ser humano, tal como es tomado en cuenta por el derecho. El derecho civil clásico solo ha definido algunos rasgos de su conjunto: la personalidad (nombre, domicilio, estado civil,...) y sus limitaciones (tutela, curatela,...).

Una visión integral de la **persona física** debe enmarcar jurídicamente su **personalidad**, aquellos rasgos característicos que le son propios: **su existencia, su individualidad, sus atributos**. Como de otro lado sus **limitaciones**, aquellos rasgos que la limitan: **tutela, curatela**.

El caso de la **persona jurídica o moral** comprende el estudio de la **personalidad moral**: clasificación, distinción entre la personalidad moral y situaciones de apariencia similar; el **régimen de la personalidad legal**: constitución, funcionamiento, disolución; la **naturaleza de la personalidad moral**: controversia doctrinal y las soluciones planteadas por el derecho positivo.

Para los propósitos del presente libro solo trataremos el tema de la **personalidad de la persona física**.

Persona, Personalidad, Persona Física

Persona. Etimológicamente la palabra persona proviene del verbo latino *sono*, as, are (sonar), y del prefijo *per*, que refuerza su significado (resonar, sonar mucho). La etimología se asocia a la máscara que usaban en el teatro los actores para representar la fisonomía correspondiente a su papel y al carácter del mismo. Por una figura de lenguaje muy común, se llamó persona al mismo actor que llevaba la máscara (y aún hoy hablamos de personajes en las obras de teatro, cine, etc.); de aquí pasó al personaje representado por ella y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres, considerados como sujetos de Derecho. Desde el punto de vista etimológico persona es igual a hombre, a ser humano. [Márquez 2004]

Personalidad. Márquez 2004 En el mismo artículo, al definir el comienzo y fin de la personalidad, precisa que: “El concepto de personalidad jurídica es tan sólo una abstracción jurídica del concepto de persona que, además, es un concepto distinto y previo al de capacidad jurídica, aunque al respecto es frecuente en la doctrina general y, por supuesto, en la española, identificar los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica. Sin embargo, la distinción se impone, baste pensar que la personalidad es un *quid simple*, mientras la capacidad es un *quantum* y, por tanto, susceptible de ser medida en grados. Se puede ser, como persona, más o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: total, radicalmente”.

El ordenamiento jurídico no otorga la personalidad, pero sí la capacidad - como lo prueba el hecho que restringe esta última cuando lo estima conveniente. Ello no significa negar que a lo largo de la historia haya ocurrido de otra manera: la institución de la esclavitud se mantiene aun presente para demostrar lo contrario. Pero las modernas concepciones jurídicas, no sólo teóricas, sino materializadas también positivamente, entienden que el ordenamiento jurídico tiene que reconocer la existencia previa de la persona e, incluso, de derechos innatos o naturales que la protegen. La personalidad jurídica del hombre no puede ser sino reconocida, mientras que la atribución de la condición de persona es obra de la misma naturaleza.

Esta posición no es incompatible con aquella que identifica personalidad jurídica con capacidad jurídica; lo que ocurre en realidad es que se observa la misma cuestión desde dos planos diferentes: el ontológico y el jurídico.

- Atendiendo al primero, se considera que persona y personalidad jurídica son dos términos equivalentes pero utilizados en ámbitos distintos: el concepto de persona es extrajurídico, mientras que el de personalidad jurídica no es sino una abstracción útil del primero en el ámbito jurídico. Pero tanto el uno como el otro se refieren exclusivamente a la idea de ser humano, entendida como *prius* de todo lo concerniente al hombre, de todo lo humano.
- Sin embargo, si analizamos la cuestión desde un punto de vista estrictamente jurídico la interrogante cambia de matiz, pues la idea de personalidad jurídica no se concibe como un *prius*, sino como una facultad que el ordenamiento jurídico otorga a todos aquellos seres humanos que cumplen al nacer las condiciones que éste predetermina, de modo que, desde ese momento son capaces para ostentar derechos y asumir responsabilidades en el mundo jurídico. Desde esta perspectiva, se identifican personalidad jurídica y capacidad jurídica.

Podemos afirmar entonces, desde una perspectiva estrictamente jurídica, que persona es todo sujeto capaz de derechos y deberes; y que por personalidad jurídica ha de entenderse, en consecuencia, la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

La personalidad se concibe entonces como la concurrencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza de la persona física, entre los que se encuentra la virtualidad de ser titular de derechos y obligaciones civiles.

Si afinamos más aún esta idea, la persona física pasa de ser una suma de derechos naturales a convertirse en un centro de imputación de derechos otorgados o negados por el ordenamiento jurídico; es decir, un receptáculo abstracto, posible de asumir toda clase de derechos. Es igual, potencialmente, a cualquier otra personalidad, en cuanto cual-

quier hombre es capaz de adquirir toda clase de derechos, aunque en un momento dado carezca de ellos, puesto que la personalidad es sólo una manifestación especial del hecho de ser persona. Si avanzamos un poco más, el concepto de personalidad pierde todo contenido ontológico y se convierte en una mera posibilidad lógica de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones, en tanto ente abstracto que sirve de sustento a las relaciones de derecho. Por esa razón puede decirse: se es persona, se tiene personalidad, ella es innata a la condición de ser humano. Podemos así concluir que el concepto de personalidad jurídica es coincidente con el de capacidad jurídica (siempre desde una perspectiva estrictamente jurídica), aunque aquél es presupuesto de ésta.

1.1 Existencia

La existencia de la persona humana está condicionada por datos e informaciones biológicas, sobre su constitución psico-física, su **cuerpo humano**. La presencia de ésta permite certificar **la existencia** o no de vida, **la muerte**, a través de la manifestación de *signos vitales*, que evidencian su certeza en uno u otro sentido.

De otro lado, la **no presencia física**, pone de manifiesto la incertidumbre entre uno u otro estado de la existencia: la vida o la muerte. Entre ellas: **el alejamiento, la ausencia o la desaparición**; presunciones que el derecho se autoriza a fin de regular los vacíos provocados entre los dos estados extremos y evitar los disfuncionamientos sociales.

1.1.1 Cuerpo humano

El cuerpo humano es la *esencia* de la persona.

Desde el punto de vista **sociológico** y **espiritual** representa el elemento principal de la formación y de la existencia de la **sociedad**, marcado por el:

- rasgo de la **colaboración para la subsistencia** entre los individuos

- frente a una **mejor provisión fisiológica de otros animales** y
- al **desafío del medio natural**.

Pero igualmente representa un elemento sagrado, de enlace **espiritual**, entre los hombres y Dios.

Ambas representaciones determinan dos tipos de **prohibiciones** que en ambos casos se revelan ser restricciones a la voluntad, propia o de terceros:

- **Protección del cuerpo humano contra el poder de disposición del propio individuo, y**
- **Protección del cuerpo humano contra las amenazas o violaciones por terceros**

1.1.1.1 DISPOSICIÓN DEL PROPIO INDIVIDUO

El derecho regula la finalidad no comercial del cuerpo humano. Aún cuando ciertas opciones personales o incitativas de terceros - toleradas o no manifiestamente prohibidas por el derecho - desnaturalicen estos principios. (Prostitución, prácticas biomédicas experimentales, venta de órganos, o venta de datos personales actualmente...)

1.1.1.2 AMENAZAS Y VIOLACIONES POR TERCEROS

Las reglas de derecho disponen que ningún individuo pueda ser obligado a sufrir ningún tipo de amenaza ni violación de su cuerpo. Y *contrario sensu*, todo individuo sobre el cual pende una amenaza o violación, puede ser indemnizado por los perjuicios causados a su cuerpo. Los daños corporales incluyen los daños materiales y los daños morales.

1.1.2 Existencia propiamente tal

Definir la noción de vida de la persona humana es una tarea harto compleja. Una definición operativa de la vida humana sería aquella de relacionar **existencia biológica de la persona, integridad psico- fí-**

sica e integridad moral. El derecho vela por el respeto y la protección de estos elementos.

La finalidad del derecho sobre la **existencia biológica** de la persona supone proteger la existencia plena y digna de todos los seres humanos. Concretamente, nos referimos al derecho a la vida como derecho a engendrar y a mantener la existencia, el derecho a la subsistencia de manera global y el derecho a la trascendencia.

El derecho a la **integridad psico-física** o derecho a la incolumidad, representa el derecho de la persona a conservar su estructura psico-física de forma íntegra, de manera tal que pueda hacer interactuar, lo más plenamente posible, todos los elementos y órganos que la componen, manteniendo su existencia dentro de ciertos márgenes de viabilidad y de dignidad. Este derecho plantea ciertos problemas fundamentales relacionados a la integridad corporal, a la libre disposición de la persona, de su cuerpo, de sus órganos; o frente a terceros, cuanto a la tortura, a las penas crueles, inhumanas o degradantes.

El derecho a la **integridad moral** representa la afirmación de la intangibilidad de la dimensión moral de la persona humana: honor, imagen, intimidad... y la consiguiente exigencia de su protección efectiva.

1.1.2.1 NACIMIENTO

A partir del momento de la unión de los gametos de los genitores se inicia una nueva vida. No antes, pues el óvulo y el espermatozoide pertenecen a organismos y procesos distintos y su fin es la muerte. Sólo si se unen y constituyen una nueva célula, que posee ya un código genético completo, se inicia un nuevo proceso, un nuevo individuo. La esencia está constituida; sólo es necesario el desarrollo, sin más aporte que el ambiente adecuado, para lograr su plenitud y expandir todas sus potencialidades.

A partir de la fecundación tenemos una nueva realidad, una unidad que surge de la fusión de los gametos pero que es distinta de la realidad anterior, y que biológicamente se denomina cigoto o embrión unicelular. Cada uno es distinto de los gametos (espermatozoide y óvulo) quienes

portan 23 cromosomas; con la fecundación se completa el código genético del nuevo ser humano, hecho por el aporte por cada uno de los genitores.

1.1.2.2 MUERTE

Encarna el fin de la vida, el fin de la existencia humana, el mal absoluto para el prójimo del fallecido, para aquellos que lo amaban o de los cuales aseguraba su sustento o bienestar. Los daños causados por un tercero a la persona generan un derecho a daños y perjuicios a reparar por el perjuicio afectivo o material causado.

Sin embargo, ello no representa necesariamente el fin de los derechos ni de los deberes adquiridos por el difunto. El derecho reconoce una cierta prolongación de la personalidad después de la muerte: una protección póstuma de la persona (Delitos contra el honor: injurias, difamación contra la memoria del difunto) como un reconocimiento de su voluntad o de disposición de su producción. (Poder de manifestación de voluntad más allá de la muerte o del trabajo producido: ejecución testamentaria, creación de una fundación; o explotación de derechos intelectuales, por ejemplo). Es interesante comprobar cómo el derecho, impone el respeto de la voluntad del difunto o la contrasta con la de los sobrevivientes, y viceversa: como la muerte no puede impedir indefinidamente el ciclo dinámico de la vida e imponerse *ad infinitum* la voluntad del difunto.

1.1.2.3 CONSECUENCIAS

La muerte como antes la existencia deben ser puestos en conocimiento del poder social, del Estado y de terceros, al mismo tiempo que constatarse y registrarse este hecho.

Entre la vida y la muerte existe una constante física: la evidencia del cuerpo humano o del proyecto viable, el cadáver de un lado, el neonato del otro. Entre estos dos estados, el derecho plantea al menos tres presunciones sobre estados intermedios entre el nacimiento y la muerte, vinculados a la no presencia del cuerpo humano y a la manifestación o no de sus voluntades: el **alejamiento**, la **ausencia** o la **desaparición**.

Estas hipótesis generan incertidumbre cuanto a la existencia de la persona, o la imposibilidad de respuesta a la demanda del derecho, y deben ser resueltas por éste.

1.1.3 No presencia física

1.1.3.1. ALEJAMIENTO

La noción de alejamiento no se encuentra presente en todos los códigos civiles del derecho positivo, en todo caso no se encuentra sistematizada como condición legal en el código peruano. Por alejamiento se entiende una serie de situaciones a las cuales se les aplica por extensión, es el caso de los *no presentes*, los *silentes*, los *ilocalizables*.

- Los *no presentes* corporales son aquellos que *no se encuentran presente personalmente*, en cuerpo, *intuitu personæ* pero pueden manifestar su voluntad, expresándola a distancia, por medio de representante o por medios físicos o técnicos. Los actos y contratos a distancia, electrónicos o informáticos, son algunas de las formas de expresión actuales, las cuales ocupan una forma expectante en la formación, ejecución, circulación, terminación o arreglo de diferendos de los mismos.
- Los *silentes* corporales se dice de aquellas personas cuya existencia ni residencia son inciertas o dudosas pero rehúsan toda comunicación o convocación, aún cuando en los procesos su no-respuesta pudiera equivaler a la formación de prueba.
- Los *ilocalizables* pueden presentarse bajo dos formas: la primera, corresponde a aquellos que partieron sin dejar dirección, sin que se encuentren necesariamente en peligro de muerte, que eventualmente pueda ser considerado como comportamiento ilícito si supone incumplimiento de obligaciones. O, la segunda, aplicable a aquellos que se encuentran alejados por fuerza mayor, sin posibilidad de comunicación de efectos jurídicos. (Secuestro, ocultamiento, ...)

1.1.3.2 AUSENCIA

La ausencia puede ser definida como la **condición legal** de paradero desconocido de una persona. Esta puede asumir dos aspectos o fases: ausencia presunta y ausencia declarada. El código civil peruano considera que para la primera, deben transcurrir dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido. En la segunda, al término del plazo fijado en la ausencia presunta, cualquier persona que tenga legítimo interés para obrar, o el Ministerio Público, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

1.1.3.3 DESAPARICIÓN

Se entiende por desaparición, aquello que estaba y luego ya no, o que no se muestra, o no aparece, o que no es posible captarlo por los sentidos; en el caso específico de una persona, este proceso más que un estado, permite de iniciar los trámites policiales, judiciales tendientes a la declaración de deceso, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. El legislador peruano se planteó tres hipótesis para el inicio del proceso:

- en función de los términos de la desaparición o de la propia edad del desaparecido;
- de las condiciones de la desaparición, o de la certeza de muerte sin hallazgo o reconocimiento del cadáver.
- 1.2. Identidad e individualización

1.2 Identidad e individualización

1.2.1 Identificación

Desde el punto de vista filosófico, la identidad se expresa como una relación existente entre dos sujetos: relación de completa igualdad entre dos o más seres entre sí. Así, uno de ellos se reconoce básicamente similar

a otro. Aseveramos que el «ser» del hombre es igual al de otros, pero no lo es en su manera de actuar, proceder, vivir: por lo tanto difieren en su manera de ser. De allí que el hombre es un ser propio, irrepitable, incomparable: es un ser original. El hombre, a través del tiempo, ha buscado su identidad, de lo filosófico a lo jurídico. En esta búsqueda incesante, el hombre, para asegurar su identidad ha ido creando diferentes procedimientos y métodos para identificarse, individualmente o como parte de un conjunto: nombres, tatuajes, marcas particulares, fotografías, antropometría, sistemas dactiloscópicos, nacionalidad, entre otros. El reconocimiento de la identidad personal y colectiva existe desde siempre, sin embargo su protección jurídica es de reciente data, ésta deja abierto el camino para indagar y profundizar sobre el tema, con la finalidad de proteger a las personas. María Silvia G. Maine, Inés Montaldo de Del Vado. "Persona. Identidad. Identificación. Indocumentación". Colegio de abogados de Córdoba. Argentina. www.justiniano.com/doctrina/derecho_civil_main.htm

1.2.1.1 ACCIÓN DE IDENTIFICACIÓN

La originalidad de la persona es tributaria de su existencia y de su individualidad. Ambas exteriorizan la verdadera personalidad de ser humano y su reconocimiento, propio o por terceros, como un ser único, diferente e irrepitable, pero a su vez universal, como ser espiritual, psico-físico. Estos son los elementos constitutivos de su identidad.

La identidad está referida entonces a una doble acción: de identificar o identificarse. El **identificar**, supone comprobar que una persona - o cosa - es la misma que se conoce, de la que se tiene ciertos datos o informaciones, o que se conoció en determinadas circunstancias. Los datos o informaciones sobre una persona se encuentran contenidos, sobre todo, en los documentos oficiales de identidad. El **identificarse**, supone revelar datos o informaciones de la propia persona, o mostrar el contenido de sus rasgos en los documentos oficiales. Contrariamente, la no identificación, falta de información contenida en los documentos oficiales o la falta

del título en el cual se encuentran estos – la indocumentación – revelan la falta de identidad de una persona.

Desde otra perspectiva, podemos hacer la distinción entre identidad relativa e identidad personal. La primera, esta representada por datos cuantitativos y cualitativos que al ser medidos comparativamente con la identidad personal, permiten aseverar que esos datos provienen de un ser y no de otro, a ello se le denomina identificación. La segunda, identidad personal, se basa en la posesión por el sujeto de ciertos caracteres propios y distintivos de los demás, contemporáneos o extemporáneos.

El derecho a tener una identificación, a ser identificable, reposa sobre la identidad personal. La Doctrina, reconoce jurídicamente la identidad personal, esta implica determinados derechos o facultades:

- a) Derecho a una identificación;
- b) Derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar;
- c) Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal;
- d) Derecho a transformar la identidad personal;
- e) Derecho al respeto de las diferencias personales;
- f) Derecho a la verdad sobre la propia identidad personal;
- g) Derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena;
- h) Derecho a actuar según convicciones personales;
- i) Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones...

1.2.1.2 FALTA DE IDENTIFICACIÓN

La falta de identificación priva a la persona de un derecho subjetivo y personalísimo: de conocer su origen, de desarrollarse en su medio familiar o de acceder a otros derechos: salud, vivienda, educación, trabajo; quedando así al margen del sistema social. Esto corresponde a las personas “no identificadas» y/o “sin identidad», o inclusive «indocumentadas”.

La individualización de la persona física se presenta así como un cierto número de signos, rasgos, identificantes de la persona que sirven

a distinguir cada hombre de sus semejantes: nombres, fecha y lugar de nacimiento, ubicación: domicilio, residencia, partidas de estado civil, documento nacional de identidad, u otros documentos en los cuales figuran estas informaciones.

La Constitución, el código civil y las normas relativas a la identidad establecen los criterios de la individualización de la persona. Las conclusiones que de éstas se extraen tienen alcance general y son aplicables al conjunto del derecho. El derecho administrativo las condensa en cierto número de documentos en los cuales se portan estos rasgos.

1.2.2 Nombre

El nombre en sentido amplio (prenombres y apellidos) sirve a designar, a identificar a una persona. Por el nombre se individualiza a una persona, a través de una serie de caracteres identificativos. Puede hablarse así de prenombre y apellido o nombre familiar, o patronímico, por referencia al padre, como así figura en el Documento Nacional de Identidad. El nombre individualiza a la persona en el tiempo, como elemento de una familia, a través de la filiación, creando una línea de ascendencia/descendencia legítima o ilegítima, con relación a los hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio, que llevan uno o los dos nombres de cada genitor, o los dos de uno de ellos. También lo individualiza por la atribución del nombre en el acto del matrimonio, vía una línea colateral. Igualmente, el nombre también puede ser cambiado - aun cuando ciertas teorías defienden el principio de inmutabilidad del nombre - por razones éticas, jurídicas (adopción, o naturalización, por ejemplo).

La individualización del nombre genera así una relación jurídica de derechos y obligaciones entre la persona que porta un nombre, su entorno y el derecho y obligaciones respecto al Estado. El porte del nombre es un derecho y a la vez una obligación. Un **derecho**, porque cada individuo puede llevar el nombre que legalmente se le ha atribuido para designarse o hacerse designar en cada ocasión de su vida. El individuo puede utilizar su nombre como derecho u obligación en cada uno de sus actos jurídicos, firmando estos. La firma es por definición el nombre escrito de la mano

del interesado, o mejor, su nombre manuscrito. El nombre aparece así como un medio puesto a disposición por el derecho para expresar su personalidad y su voluntad mediante un escrito, y para convertir este escrito material en un acto jurídico.

Constituye una doble **obligación**: porque el individuo está compelido a responder al nombre que le ha sido dado por la sociedad, y de responsabilizarse jurídicamente al llamado de ese nombre; como inversamente, designarse o hacerse designar, cada vez que se presentara la eventualidad de asumir consecuencias jurídicas por un hecho cualquiera.

Existen, sin embargo, dos libertades reguladas en el porte del nombre: el uso del pseudónimo y la libertad al anonimato, particularmente aceptados en las expresiones artístico-literarias y en los derechos intelectuales.

El derecho al nombre tiende a hacer evidente los criterios exclusivos, privativos del nombre en las relaciones de la persona con el nombre que ella porta. Para proteger al individuo contra las dificultades provenientes de terceros en la atribución de un nombre a una persona, el medio más eficaz para defenderlo es la vía del derecho subjetivo. Sin embargo, a este derecho de propiedad del nombre - según la doctrina - le faltaría uno de los caracteres esenciales de la propiedad: la inalienabilidad, por el carácter incesible del nombre. En consecuencia: “Es nulo todo convenio relativo al nombre de la persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social, y los que establece la ley”.

La jurisprudencia, ha presentado frecuentemente el derecho al nombre como el más poderoso de los derechos subjetivos. Otros ven en el derecho al nombre, uno de los derechos de la personalidad, un derecho primordial del hombre, del mismo nivel que el derecho al honor, a la propia imagen.

En derecho civil, el derecho al nombre puede ser un atributo de la personalidad de un individuo o un aspecto de su estado familiar. En la realidad, el nombre puede asumir este doble rol: *reclamándolo* de poder llevarlo, por aquellos que han perdido su uso o pretenden asumirlo; o *contestándolo*, contra quienes lo portan indebidamente. O, como una amenaza contra la personalidad. Estas dos alternativas pueden cambiar en función

de una serie de variables como el estado civil, la adopción, el cambio de nombre, entre otros.

Pero a su vez el derecho al nombre comporta dos otros aspectos: primero, la posibilidad de usar el propio nombre; segundo, la facultad de proteger éste: utilizar un pseudónimo o guardar el anonimato contra las amenazas o violaciones por terceros así como reclamar las indemnizaciones que correspondan por amenazas o violaciones. La usurpación no vendría a ser sino una de las formas que éstas toman. Sin embargo, si el pseudónimo - o el anónimo, en los casos de la propiedad intelectual - adquiere la importancia del nombre, el Código civil establece que éste goza de la misma protección jurídica dispensada a aquel.

Si bien estas regulaciones se producen del lado de las personas físicas, en el caso de las personas morales o jurídicas, el nombre comercial de éstas es objeto de un derecho de propiedad, y en muchos casos, el propio nombre de la persona física ha devenido un bien, una especie de marca, un signo distintivo de la persona. Fuera de este uso comercial que lo innova, el nombre de la persona física, sigue siendo inseparable de la persona, y en consecuencia, inapropiable por terceros.

Cuanto a la prueba del nombre, esta resulta de los actos y registros inscritos de estado civil y de la calidad del mismo.

1.2.3 Ubicación

1.2.3.1 DOMICILIO

El domicilio, y específicamente la residencia, vinculan una persona a un espacio físico, a una ubicación. El domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio. El propósito es de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso. Este elemento constituye otro signo, otro rasgo de individualización de una persona. La mayor parte de los hombres han devenido sedentarios, cada cual habita en un lugar, solo o con su familia, y si se aleja, es con el ánimo de retornar.

Los conceptos de domicilio, utilizados antiguamente como elemento abstracto y rígido, y residencia: como concurrente hoy en día de domicilio de manera específica, concreta y flexible, nos dan una idea más precisa del lugar *donde reside habitualmente* una persona.

El domicilio puede ser definido entonces como el lugar donde una persona tiene su morada, su casa (Del latín *domicilium*, de *domus*, casa). La residencia es el lugar donde preferentemente habita, se encuentra.

El derecho ha hecho del domicilio un lugar o espacio de interés social del individuo, pero también ha fijado sus características, las reglas de su determinación y de su protección.

1.2.3.1.1 *Interés social*

El interés social del domicilio se apoya en la designación, ocupación de este espacio para el ejercicio de los derechos públicos como privados de la persona, así como el cumplimiento de sus obligaciones; ello es válido igualmente para la persona jurídica.

En el **ejercicio de los derechos públicos**, particularmente los derechos electorales, fiscales, administrativos, el domicilio juega un rol importante, y su determinación puede ser fijada por las propias reglas aplicables a estas materias: el domicilio electoral, el domicilio fiscal, el domicilio administrativo.

En el **ejercicio de los derechos civiles** son particularmente predominantes los intereses procesales. En las acciones judiciales se necesita frecuentemente, no sólo de conocer el domicilio de las personas, sino de evitar que la movilidad de la persona constituya un obstáculo al desarrollo del proceso.

Visto desde una perspectiva más amplia, derechos-deberes, el domicilio tiene por función vincular una persona a la competencia geográfica de alguna autoridad (administrativa, jurídica, fiscal,...).

Es entre estas dos funciones: de localización de un domicilio, de dimensiones específicas, lugar de presencia permanente de una persona, de

un lado, y de ámbito estricto del ejercicio competente de una autoridad, del otro, que se establecen las funciones del domicilio.

1.2.3.1.2 Características

El domicilio como elemento de individualización de las personas, utiliza determinadas referencias y garantías, de allí algunas de sus características: obligatorio, fijo, único.

1.2.3.1.1.1 DOMICILIO ES OBLIGATORIO

1.2.3.1.1.1.1 Nacionales

Toda persona tiene en principio un domicilio y, si no lo tiene, la autoridad administrativa intenta atribuirle uno.

Cuando no se puede determinar cuál es el domicilio de una persona, se recurre a menudo a su residencia; pero cuando no se puede determinar ni su domicilio ni su residencia, se recurre al concepto de *domicilio de origen*, es decir, aquél que tenía la persona al momento de su nacimiento y que supuestamente ha conservado mientras no haya manifestado la intención de cambiar.

1.2.3.1.1.1.2 Extranjeros

En principio, un extranjero puede designar un domicilio en el país en el cual reside, con apenas algunas formalidades. A lo sumo, y según algunos autores, el extranjero deberá encontrarse en posesión, esencialmente, de un título de permiso de residencia en regla.

La cuestión puede plantearse para los extranjeros quienes se interrogan si de verdad están domiciliados en un determinado país? Para ellos, en múltiples jurisprudencias internacionales se ha logrado decantar el concepto de *domicilio de nacionalidad* que puede ser definido como “toda residencia efectiva que presenta un carácter estable y permanente,

que coincide con el centro de los lazos familiares y de las ocupaciones profesionales". El concepto de domicilio de nacionalidad debe permitir establecer la intención definitiva de instalarse en un país.

1.2.3.1.1.2. Domicilio es fijo

1.2.3.1.1.2.1. Principios

Es precisamente este carácter de inmutabilidad, de fijación, que distingue el domicilio de la residencia o de la vivienda. Mientras que una persona puede desplazarse como ella lo desea, su domicilio permanece, en principio, inmutable.

1.2.3.1.1.2.2. Excepción: cambio de domicilio

Posibilidad de cambiar de domicilio, pero a condición de reunir dos elementos, y de cumplir determinadas formalidades.

1) Condiciones: elemento material y voluntad.

El elemento material, consiste en la transferencia del domicilio personal - o la sede principal o sucursales en el caso de la persona jurídica, de un lugar a otro. El elemento voluntario se manifiesta por la intención de cambiarlo y de instalarlo en un nuevo lugar.

A falta de la reunir estos dos elementos, se supone que el interesado conserva su domicilio de origen.

2) Prueba de la reunión de esos elementos y formalidades.

Si bien resulta relativamente sencilla la prueba del cambio de domicilio, aquella de la intención de modificarlo es mucho más difícil. Por eso los juristas han previsto el cumplimiento de *algunas formalidades*: se trata de una doble declaración hecha, tanto al municipio, comisaría de policía u otra autoridad pública reguladora del antiguo domicilio como aquella del nuevo domicilio. Aunque esta formalidad sea obligatoria para

informar a la administración quien debe saber donde se encuentran sus nacionales, por motivos fiscales, militares o policiales, ella es a menudo descuidada por falta de sanción.

A falta de declaración, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias y, si ella no puede ser aportada, podrá reputarse al interesado no haber cambiado domicilio.

1.2.3.1.1.3 Domicilio es único

1.2.3.1.1.3.1 Personas Físicas

1.2.3.1.1.3.1.1 Principio

El principio de la unidad del domicilio se justifica incluso por la definición del domicilio: sede legal de la persona. Pero en la práctica, sucede que una misma persona pueda tener actividades de importancia similar en lugares distintos. Es por esta razón que este principio sufre excepciones o atenuaciones.

1.2.3.1.1.3.1.2 Atenuaciones o excepciones

En la medida en que la residencia adquiere cada vez más importancia y tiende a competir con el domicilio, éste deja de ser preponderante.

La ley o la jurisprudencia reconocen a veces, junto al domicilio principal, el mismo valor de domicilio a determinadas ubicaciones por razones precisas. En todos esos casos una persona podrá tener dos, tres domicilios o incluso más al mismo tiempo. Se pueden así citar una serie de estos domicilios especiales:

El domicilio electoral, a menudo distinto del verdadero domicilio, ya que un elector puede indiferentemente inscribirse en el padrón electoral de su domicilio o en el de su residencia, o en el lugar donde paga sus impuestos, obviamente, en determinadas circunstancias opera el factor de tiempo mínimo para beneficiar de esta facultad.

El domicilio fiscal, se sitúa fundamentalmente en el domicilio familiar e incluye a los padres e hijos y corresponde al centro de los intereses económicos de la persona sola o con su familia.

El domicilio comercial, el mismo que puede ser distinto al verdadero domicilio.

El domicilio matrimonial determinado por el lugar de celebración del matrimonio, pero que puede corresponder a uno, o ambos cónyuges.

El domicilio elegido el mismo que puede ser añadido al domicilio voluntario de la persona interesada quien tiene así, durante en un período dado, más de un domicilio, uno general, otro especial referido a un acto particular.

1.2.3.1.1.3.2 Personas Jurídicas

1.2.3.1.1.3.2.1 Principio

En principio, las personas jurídicas tienen su domicilio en la sede social designada en sus escrituras o estatutos. Pero este domicilio es a menudo interesado, y en el peor de los casos ficticio: una empresa o comercio que desea obtener una determinada nacionalidad para beneficiarse de ventajas fiscales, financieras, fija interesada o ficticiamente su domicilio social en esa región o país. En algunos casos se ha tratado de resolver el problema definiendo al domicilio como un debe ser *domicilio social real*, es decir, aquel lugar donde se encuentra el establecimiento principal de la empresa, su dirección administrativa y comercial.

1.2.3.1.1.3.2.2 Excepciones: Teoría de sedes principales o sucursales múltiples.

Por razones prácticas, la unidad del domicilio fue a menudo inadecuada, los ejemplos sobre la fijación de domicilio en un litigio, a menudo distante para una de las partes, hicieron que se descartará la norma de la unidad de domicilio para permitir a los particulares de solicitar una

competencia específica, allí donde la empresa tiene un establecimiento importante, una sede principal tal como se aplicaría a una sucursal para una empresa comercial. Es lo que se llamó la *teoría de las sedes principales o sucursales múltiples*, aplicable a condición de que la sucursal disponga de una determinada autonomía.

Algunos autores justificaron esta excepción en un recurso aplicable a la noción de residencia, suponiendo que la persona jurídica podía tener tantas residencias como sucursales, pero precisando que debe entenderse, en lo relativo a las personas jurídicas “del lugar donde ésta se establece”.

1.2.3.1.3 Reglas de su determinación

Se conciben por el interés que toda persona posea un domicilio como atributo de su personalidad, de su individualidad. Sin embargo, ello no supone instituir un principio de unidad de domicilio, porque los centros de interés de la persona son variados y variables. Además, el domicilio no sólo se determina por la voluntad privada sino también por la ley. Coexistirían así, tanto el *domicilio voluntario* como el *domicilio legal*.

1.2.3.1.2.1. Domicilio voluntario

En el domicilio voluntario, su determinación se realiza por la voluntad del interesado. Posee dos variantes: la primera, constituida por los centros de interés de la persona, física – incluyendo la jurídica; la segunda, por la propia persona física quien elige uno convencionalmente con el propósito de someterse a la jurisdicción de una autoridad judicial, o para designar representante, mandatario...

La primera variante, constituye el domicilio más corriente, es aquel que el individuo tenía al momento de nacer y que puede cambiar y que pone de manifiesto el goce de su capacidad y la potestad de quebrar los lazos familiares, y elegir otros espacios, otros territorios. El interesado, al elegir su actividad, su modo de vida, determina al mismo tiempo su domicilio, el mismo que se confunde, de otro lado, con la residencia. Pero el domicilio no sólo atañe al individuo sino incluye a la familia.

En la segunda variante, el domicilio se elige, puede ser una calle en un distrito, un estudio de un abogado, un notario, una autoridad pública. Su elección puede ser *facultativa*, no depende sino del interesado; u *obligatoria*, si la ley la impone; o también de *derecho*, cuando se presume la voluntad de las partes en un proceso.

Los efectos cuanto a sus alcances y duración se encuentran limitados a los actos, a las partes que intervienen en ellos y a la duración de los mismos.

1.2.3.1.2.2 Domicilio legal

El domicilio legal, contrariamente a una idea frecuente, no es aquel fijado por la persona física, sino aquel que la ley atribuye de oficio a una persona, debido a su dependencia respecto de un tercero, o debido a su profesión para facilitar algunos actos jurídicos.

Dos grandes hipótesis se presentan entonces: el domicilio de origen y el domicilio de dependencia. En el domicilio de origen, éste se encuentra ligado a una circunscripción estatal; se presta como en el caso de la nacionalidad, a una primera filiación, por ejemplo, aquella que el menor tiene en el domicilio de sus padres o en el domicilio conyugal de estos. Este domicilio tiene por consecuencia establecer que toda persona adquiere desde su nacimiento su primer domicilio *jure sanguis*. Este criterio tiene una especial consideración en la determinación de la nacionalidad para el caso de los menores nacidos en domicilios extranjeros.

- En el domicilio de dependencia, las fuentes de derecho, reúnen diversos casos en los cuales, las personas dependen de estos domicilios por su función o “status”:
- los domicilios previstos en la ley para los niños bajo tutela o menores o mayores en curatela será el fijado por su curador o tutor o,
- el de funcionarios (militares, profesores, jueces, médicos, etc.) que ocupan domicilios de función, o adscritos a una jurisdicción; o
- el de los navegantes o trashumantes, que pueden elegir uno en el distrito, departamento, o país, entre aquellos que se encuentran en su itinerario.

El nuevo código civil peruano, influenciado por el código de Napoleón, estuvo acertado en corregir el anterior que imponía por domicilio a la mujer casada el domicilio del marido. Los esposos pueden hoy tener un domicilio conyugal cuyo: "...deber de vida común pueden suspender cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia. Abriendo así la posibilidad de tener domicilios plurales.

Pero así como se fija el domicilio, por el origen, este puede cambiarse, en el caso del domicilio de dependencia, por las exigencias propias de la función o "estatus". Estos, inclusive, pueden ser materia de oposición.

1.2.3.1.4 Protección del Domicilio

La protección del domicilio se basa en el principio de inviolabilidad del domicilio. El principio es muy antiguo, fue consagrado en Francia por los decretos de 19 y 22 de junio de 1791. Actualmente, además del artículo 8 alinea 1 de la Convención Europea de Declaración de los Derechos Humanos, CEDDHH, el principio se encuentra igualmente protegido por los códigos penales europeos y latino americanos.

El respeto de la inviolabilidad del domicilio no es sin embargo, absoluto. Según el artículo 8 § 2 de la CEDDHH, diversas excepciones o atenuaciones pueden ser posibles. Así pues, el principio implica excepciones legales:

- los registros efectuados por el juez de instrucción, en caso de flagrante delito (particularmente en materia de terrorismo y de estupefacientes); o en
- caso de urgencia, autorizan al juez de instrucción a ordenar a los funcionarios de policía a proceder a estas operaciones
 - en locales de vivienda, si existe riesgo inmediato de desaparición de pruebas o índices materiales; o
 - en locales abiertos al público, bares, hoteles, discotecas, lugares de espectáculo, para la investigación y comprobación de infracciones en materia de proxenetismo.

Debe tenerse en cuenta que los registros domiciliarios resultan de la competencia del juez y que deben obedecer a un procedimiento estricto:

- Los registros están sometidos a reglas procesales: en el marco de investigaciones preliminares, de instrucción y de investigaciones relativas a delitos flagrantes. El concepto de registro ha sido definido por el Tribunal de casación francés como: “el acto que implica la búsqueda de indicios que permiten de establecer la existencia de una infracción o determinar su autoría”.
- En materia de registros decididos por el juez de instrucción, el registro se desarrolla en presencia de la persona a quien pertenece o habita en el domicilio; o en caso de imposibilidad, en presencia del representante de su elección. A falta de alguno de ellos, el funcionario que lo realice, elegirá a dos testigos requeridos a tal efecto por él, fuera de aquellas personas que dependen de su autoridad administrativa. El acta del registro debe ser firmada por el domiciliado, habitante, su representante o los dos testigos. Existiría una excepción en este caso: cuando la persona en el domicilio de quien se practica el registro se encuentra detenida en otro lugar y que su transporte en el lugar debe evitarse por graves riesgos.
- La hora del registro, salvo reclamación hecha desde el interior del domicilio o en las excepciones previstas por la ley, no pueden comenzarse antes de las 06:00 horas ni después de las 21:00, aunque el juez de instrucción puede autorizar a proceder a tales operaciones de noche, cuando no se refieren a locales de vivienda.
- También, los funcionarios de policía pueden ingresar de noche en los domicilios privados en caso de auxilio solicitado desde el interior; en caso de urgencia: inundación, fuga de fluidos, y también para portar asistencia o ayuda a una persona en peligro.

Sin embargo, el registro domiciliario debe conciliar las necesidades de la investigación y la protección del secreto o reserva profesional. El

legislador previó distintas garantías para aquellas profesiones sometidas a estas protecciones. Los registros en el gabinete profesional o en el domicilio del profesional sólo son legales si son efectuadas por un magistrado y en presencia del representante de los intereses del Colegio Profesional, o su delegado. En efecto, allí donde comienzan los derechos profesionales se detienen los poderes del juez de instrucción. Es por esta razón que la correspondencia entre un abogado y su cliente no pueden ser objeto de secuestro. En materia fiscal y aduanera se autorizan igualmente los registros domiciliarios.

¿Queda pendiente una última duda, importante de ser aplicable el concepto de domicilio-residencia generado por las nuevas tecnologías: cuál es el domicilio de la persona que no tiene residencia habitual? El Código civil peruano la considerada domiciliada donde se le encuentre.

En este estadio, es oportuno preguntarse entonces sobre la pertinencia de la prueba del domicilio o de la residencia: vincular una persona a un espacio físico y de someterlo a la competencia geográfica de alguna autoridad. Los resultados de estos contenciosos son múltiples, variados y dispares. Sin embargo, algunas tendencias mayores parecen diseñarse cuanto a la jurisprudencia internacional, la autoridad de registro y de verificación del domicilio o residencia, y a los documentos utilizados como prueba.

En la jurisprudencia internacional sobre la materia, dos son sus orientaciones principales: de un lado, la idea de domicilio-residencia, asociada primera al alojamiento, a la estancia; segunda, a un centro de interés económico, de negocios. Es entre estas dos orientaciones que debiera optarse, sobre la primacía del o de los criterios aplicables.

Cuanto a la autoridad de registro y verificación del domicilio-residencia, las dudas subsisten cuanto a la aplicación del principio, éste de proximidad o aquel de seguridad: municipalidad o prefectura, u otro organismo idóneo.

Finalmente, respecto a los documentos utilizados como prueba: si bien se acepta la costumbre creada *praeter legem* (contraria a la ley) que los certificados o constancias de domicilio-residencia sean entregados por

las autoridades de proximidad o de seguridad, cada vez más, son aceptadas pruebas indirectas de vivencia, véase de residencia, como recibos de alquiler, facturas de electricidad, teléfono o gas, etc. Estas prácticas someten igualmente a la crítica el valor de estos documentos; antes, instrumentos públicos al ser entregados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y marcados de prueba plena, y ahora, instrumentos públicos o privados, si son entregados por funcionarios, agentes públicos o, por empleados privados, y calificados estos últimos como documentos de prueba referencial o indiciaria.

¿Ello no estaría indicando la pérdida ya del domicilio como elemento indispensable para la individualización de las personas físicas? ¿La renuncia de la administración de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso del espacio físico de la nación? A menos que vía otros criterios, las nuevas tecnologías en particular, la función del domicilio y de ubicación de una persona pueda ser asegurada, complementaria o alternativamente: la geolocalización por ejemplo.

1.2.3.2 *RESIDENCIA*

El sentido general de esta noción es más concreto, más realista que aquella de domicilio. La residencia es el lugar donde la persona habita, reside efectivamente, de manera estable y regular. La residencia coincide frecuentemente con el domicilio, pudiendo ser distinta. Es el caso de la residencia en la cual los interesados pasan una parte del año, en estaciones precisas, de invierno o de verano, o de vacaciones. Un domicilio que no constituye el lugar de morada principal no podría, por definición, ser equivalente a residencia.

Debemos constatar forzosamente el lugar cada vez más importante concedido, tanto por el legislador como por la jurisprudencia, al concepto de residencia. Es interesante observar que las nuevas tendencias no determinan ya la competencia territorial por el recurso a la noción de domicilio sino por el concepto de “lugar dónde mora el demandado” que éste precisa refiriéndose expresamente al domicilio o, en su defecto, a la residencia. Esta noción concreta y fácilmente comprobable es en efecto

de un uso mucho más práctico que el concepto a menudo ficticio, teórico, abstracto de domicilio.

Es oportuno entonces preguntarse sobre la pertinencia de la prueba del domicilio o de la residencia, mediante el hecho de vincular una persona a un espacio físico y de someterlo a la competencia geográfica de alguna autoridad. Los resultados de estos contenciosos son múltiples, variados y dispares. Sin embargo, algunas tendencias mayores parecen diseñarse: cuanto a la jurisprudencia internacional, a la autoridad de registro y de verificación, y al documento utilizado como prueba.

Cuanto a la jurisprudencia internacional, dos podrían ser las orientaciones principales: de un lado, la idea de domicilio-residencia, asociados primero al alojamiento, a la estancia; segundo, a un centro de interés económico, de negocios.

Cuanto a la autoridad de registro y verificación del domicilio-residencia, las dudas subsisten cuanto a la aplicación de los principios de proximidad (municipalidad) o de seguridad (prefectura) u otro organismo idóneo.

Finalmente, respecto al documento utilizado como prueba: si bien se acepta la costumbre creada *praeter legem* (contraria a la ley) que los certificados o constancias de domicilio-residencia sean entregados por las autoridades de proximidad o de seguridad, cada vez más, se aceptan pruebas indirectas de *vivencia*, véase *de residencia*, como recibos de alquiler, facturas de electricidad, gaz o teléfono, etc.

1.2.4 Sexo

El sexo establece, en el estado actual de nuestros conocimientos, una clasificación binaria de la población. Aunque no lo hemos evocado sino después de analizar las otras tres instituciones de la personalidad precedentes: existencia, nombre y domicilio, es sobre todo un complemento de éstas, aun cuando representa una división primordial, la misma que se traduce en signos familiares inequívocos, desde la apariencia corporal, los comportamientos e indumentaria, cualquiera que sean los procesos sociales, o de moda.

La identidad de la persona, su nombre, su domicilio requieren de investigaciones, pruebas, documentos. El sexo, al contrario, porta sobre cada ser humano, en su vida diaria, los rasgos de un hombre o una mujer.

El derecho reconoce la *diferencia de sexos*, y faculta su uso; pero se esfuerza igualmente en hacer cohabitar este dato natural, mediante el derecho a la *igualdad de los sexos*.

1.2.4.1 DIFERENCIA DE SEXO

1.2.4.1.1 Comprobación

La mención del sexo es obligatoria en la partida de nacimiento, pero no porque el Código Civil así lo indique, sino la Ley N° 26497 del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, que deroga el Título VIII, Registros del estado civil del Código Civil.

RENIEC es la entidad encargada, orgánicamente, de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil a partir de junio de 1995. Y, en particular, tiene por función registrar los nacimientos matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, y emitir el documento único que acredita la identidad de las personas: el Documento Nacional de Identidad, DNI.

El sexo de la persona se inserta en base a las indicaciones del declarante. En la práctica actual, son las clínicas, maternidades, hospitales, quienes hacen la declaración, basándose en un certificado del obstetra, médico o comadrona. El funcionario de estado civil podría verificar, pero no tiene obligación de hacerlo.

Constatado el sexo en el acta de estado civil, lo es, en principio y para siempre. La razón es muy simple: los elementos morfológicos a la vista de los cuales tiene lugar la clasificación inicial - los mismos que son observables a primera vista en el recién nacido - no están destinados a invertirse en el curso de la vida. Todo lo que puede acaecer, es una imperfección

inicial de la anatomía de la persona que puede ser interpretada de manera contradictoria posteriormente; pero no son sino hipótesis rarísimas, cuya rectificación de la partida de nacimiento se impondrá indiscutiblemente.

1.2.4.1.2 Transexualismo

Hoy, sin embargo, nos hacemos del sexo una idea más compleja, y se distinguen componentes fisiológicos, psicológicos, sociales que no se fijan al nacimiento. Un individuo puede así resentir una profunda impresión de pertenecer a otro sexo. Pretenderá entonces, recurriendo a la medicina y a la cirugía, como en su conducta personal, de adjudicarse el porte del sexo que cree tener. Es el fenómeno (patológico) de *Transexualismo*. Hombre que se orienta al sexo de mujer, o mujer orientándose al sexo del hombre; el Transexualismo pide a los jueces de constatar su metamorfosis, por una rectificación de sexo en la partida de nacimiento y un cambio de sus nombres. La justicia ha accedido a algunas de tales solicitudes, por compasión de los sufrimientos que puede causar una distorsión entre el sexo legal y un sexo “vivido”, o con la esperanza de contribuir al apaciguamiento y, eventualmente, a la cura. Pero hasta ahora los Tribunales, a pesar de matices en los motivos, confirman casi siempre como principio la inmutabilidad el sexo constatado en la partida de nacimiento.

1.2.4.1.3. Consecuencias

El CCP, en el Art. 4º, hace indirectamente la diferencia de dos sexos: presentándolo como una de las condiciones de la formación del matrimonio, el elemento biológico. Aparte del CCP, hubo otra bien conocida aplicación de la diferencia ahora menos aplicada; el servicio militar. Ella estuvo incluida en el derecho público pero el derecho civil no pudo hacer abstracción: el sexo masculino fue y es aun obligatorio en algunos países, mientras que las mujeres acceden a este servicio en calidad de voluntarias. En el Perú este servicio implica una serie de obligaciones corporales en tiempo de paz y sobre todo en tiempo de guerra, obligaciones sancionadas penalmente por una legislación especial en el Código de Justicia Militar.

1.2.4.2 IGUALDAD DE SEXO

1.2.4.2.1 Principios

Antes de ser legal, el principio resultaba de una regla gramatical que tenía fuerza de costumbre: algunas palabras, e incluso los derechos atribuibles, eran ambisexuados en la lengua castellana. El género masculino engloba su contra parte, el femenino; y en las personas, el viril, comprende también el femenil. Queda claro que si todo peruano goza de sus derechos civiles toda peruana igualmente; y que si toda persona puede contratar, esta puede ser, indiferentemente, hombre o mujer.

En el estilo legislativo de nuestra época, la afirmación de igualdad reviste a menudo un cariz negativo: es la condena de las distinciones o (en términos más reprobables) de las discriminaciones - en particular, de distinciones o discriminaciones basadas en el sexo. Afirmada bajo esta forma, la igualdad deja suponer la vigencia de prácticas contrarias, que se trata de combatir, en las costumbres y en las relaciones privadas.

En el Código de Trabajo peruano existen una multitud de prohibiciones de este tipo (Contratación; remuneración). Se añaden a estas las sanciones incluidas en el Código Penal o en otros cuerpos legislativos. A veces, el mecanismo es más sutil: al restablecimiento de la igualdad se espera una desigualdad en sentido opuesto, compensatoria, mediante la cual se preconizan medidas de recuperación en los convenios colectivos del trabajo. O últimamente, en las normas electorales, mediante discriminación positiva, se exige un porcentaje mínimo de candidatas mujeres inscritas en las listas de candidaturas. Ahora inclusive de edad: Congresistas, Regidores o representantes jóvenes.

Baste saber, que el Código de Napoleón figura como ley *sexista*. Si en verdad, las desigualdades que él instituía no eran desigualdades debido al sexo, al menos, no eran *sólo* debido al sexo. Si el sexo gozaba de un cierto rol, era por su asociación al matrimonio. La mujer soltera, viuda o divorciada tenía un derecho igual al del hombre. Sola la mujer casada, porque era casada, se le imputaba de inferioridad. Contrariamente, los tí-

tulos de superioridad jerárquicos asignados al marido (Jefe de la familia, Jefe de la comunidad) sólo tenían sentido en el matrimonio y mientras el matrimonio durara. Pero, de estas disposiciones desiguales de 1804, las más destacadas: la incapacidad de la mujer casada y la potestad marital, desaparecieron entre 1938-1942, coincidentemente durante la Segunda Guerra Mundial. Las otras desigualdades fueron corregidas por las reformas del V República. De modo que, el derecho de familia ha dejado de ser desigual en relación al sexo y recupera todo su valor de principio. Sin embargo, subsiste una excepción.

1.2.4.2.2 Excepción

Se refiere a la transmisión del nombre patronímico. En la familia legítima, se transmite por los varones (sin otro paliativo que el nombre de uso). En la filiación natural o extramatrimonial, el nombre de la madre tiene posibilidades de imponerse, e incluso oportunidades superiores, pero el riesgo de competencia, no significa necesariamente igualdad. Esta excepción evoluciona constantemente, sino, baste con referirse a las notas de pie de página siguientes².

² -Artículo 21.- Inscripción del nacimiento

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

Artículo 24.- Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido

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

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

1.2.5 Nacionalidad

El Derecho Internacional Privado es una disciplina del derecho cuyo objeto de estudio es el llamado derecho de gentes o derecho que regula la situación jurídica de las personas y de los bienes en el ámbito internacional.

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado son pues las normas internas de los Estados en materia civil, los tratados internacionales, los convenios y acuerdos entre las naciones, así como el papel que desempeñan los organismos internacionales en materia de regulación del derecho de las personas y de los bienes.

Los atributos de las personas físicas y jurídicas son: el nombre, el domicilio, el patrimonio, la capacidad, el estado civil. El estado civil contempla no solamente la relación familiar que una persona guarda respecto al Estado – sino también su situación política como jurídica, a esto le da el nombre de nacionalidad.

El derecho de los bienes es el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y los bienes. Una de las clasificaciones de estos últimos puede hacerse entre bienes materiales e inmateriales.

Una distinción importante entre el derecho de personas y el derecho de bienes, es que las personas son sujetos de derecho mientras que los bienes, son objeto de derecho, en consecuencia susceptibles de apropiación por los sujetos de derecho.

1.2.5.1 ANTECEDENTES

El vínculo de socialización entre los miembros de un clan y/o una tribu se realizó a través del tiempo por las actividades desarrolladas en éstos, por una identificación de unidad de sangre y de culto. Este mismo esquema se amplió a las civilizaciones griegas y romanas. En éstas, aquellos que no compartían los principios básicos de su unidad eran considerados extranjeros o “bárbaros” y por consiguiente, desterrados o excluidos de los derechos que la ciudad o el imperio otorgaban a aquellos que habi-

taban sus territorios. Entre los germanos, el vínculo socio-político de la nacionalidad no se basaba en la uniformidad de sangre, sino en la pertenencia a un clan determinado.

En la Edad Media, estas dos corrientes, tuvieron diversas influencias, predominando los principios del *Ius Soli*. El individuo o siervo era vasallo del señor feudal o súbdito del soberano, basada en la *allégeance*, fidelidad y lealtad por el mero hecho de haber nacido dentro de los límites del territorio sometido al dominio del señor. El vínculo era eterno y al súbdito le estaba prohibido emigrar, bajo sanción. Sin embargo, el siervo sometido podía cambiar su nacionalidad sólo si el soberano lo consentía.

En la Época Moderna, el término de *allégeance*, practicado en la edad media, se asocio al concepto de nacionalidad. En los años precedentes a 1789 la nación se confundía con la persona del monarca y la nacionalidad era el lazo de fidelidad y lealtad al soberano. Al desaparecer éste con la Revolución Francesa, el nuevo régimen buscó una noción que reflejara los principios de Libertad, Fraternidad e Igualdad, de índole democrático que sustituyera ese lazo de adhesión al antiguo monarca, surge así la nacionalidad como vínculo entre los habitantes de un pueblo en un territorio determinado, dotado de un ordenamiento político-jurídico, integrando estos tres componentes en una nueva institución: el Estado, creada para ejercer la defensa de la nación y la integridad de su territorio como sujeto de derecho ante la comunidad internacional.

La institución de la nacionalidad sufre en estas evoluciones y transformaciones un cambio significativo cuanto a su percepción; algunos tratadistas hablan de un contrato sinalagmático entre el Estado y sus nacionales, o de delegaciones recíprocas, entre la Nación y el Estado. Cualquiera que sea la percepción del Estado, una de sus primeras consecuencias es que no es más el arbitrio del soberano o el príncipe quien otorga o no la nacionalidad, sino el Estado, sobre la base de un conjunto de principios y reglas constitucionales o civiles como de circunstancias personales o familiares del sujeto. El hombre vía el derecho internacional se beneficia de la nacionalidad, vinculando ésta al Estado. Los nacionales son entonces aquellos individuos que por su vínculo al territorio y/o a la

sangre forman en un territorio determinado un Estado, regulado por un conjunto de reglas que los localizan e identifican, en una determinada colectividad. Puede decirse también que los nacionales son el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un Estado a quienes éste reconoce derechos civiles y políticos y asume su protección dentro y fuera de su territorio. La nacionalidad no puede ser confundida con la ciudadanía, ésta última solo comprende una parte de los nacionales, aquellos calificados para ejercer sus derechos y deberes civiles y políticos.

El derecho de la nacionalidad está constituido por un conjunto de normas que permiten distinguir entre aquellos sujetos que el Estado reivindica como nacionales de aquellos que no lo son, entre los nativos y los extranjeros. Es también un instrumento que permite al Estado moderno de renovarse permanentemente como comunidad de ciudadanos.

1.2.5.2 DEFINICIÓN Y DERECHOS HUMANOS

1.2.5.2.1 Definición

Son muchas las definiciones que hay sobre el concepto de nacionalidad. Podemos mencionar la de Lerebours Pigeonniere, quien afirma: "... la nacionalidad es el vínculo político y jurídico creado por la decisión de un Estado, persona internacional, que convierte a un individuo en sujeto, es decir, miembro del Estado".

Carlos Arellano García, define la nacionalidad como "La institución jurídica a través de la cual se relaciona una persona física o moral con el Estado en razón de pertenencia, por sí sola o en función de cosas, de una manera originaria o derivada". *La nacionalidad también puede ser definida como: "...un lazo jurídico y político, definido por el Estado, por el que se une un individuo al dicho Estado"*.

Según Arjona Colomo el concepto de nacionalidad encierra un doble aspecto, uno político-social, y otro meramente jurídico. Por el primero, se entiende la nacionalidad como el vínculo entre el individuo y el Estado. Desde el segundo, la nacionalidad es considerada como un estatus del in-

dividuo, mediante el cual se le impone obligaciones y confiere derechos. Al enlace entre un Estado y un individuo se le denomina lealtad, ésta se manifiesta por deberes del individuo hacia el Estado del cual es sujeto (obligaciones civiles, militares, cuyo incumplimiento puede conducir en algunos casos a la pérdida de la nacionalidad) y en sentido inverso, por la protección diplomática que el Estado ejerce en favor de él. Esta composición de la población nacional constituye el sustento orgánico del Estado, la nación, quien dispone del acceso a un estatus privilegiado, en principio, excluido a los extranjeros.

Podemos definir la nacionalidad entonces como un vínculo sociológico, político y jurídico que une a una persona o a un bien con un Estado determinado. Esta definición integra varios conceptos que ya hemos evocado:

- La persona física es el elemento constitutivo del pueblo, es el elemento social, orgánico del Estado, que integrado en un determinado grupo de seres humanos, reunidos en territorio constituyen un Estado con el objeto de realizar un Proyecto Social y una Estrategia de Desarrollo cuya finalidad última es el propio ser humano. La Teoría del Estado presenta al pueblo, como un elemento esencial del mismo, de ahí que la nacionalidad sea el vínculo de unión entre las personas físicas y el Estado.
- Este vínculo posee un carácter sociológico, pues el concepto de nacionalidad implica la preexistencia de una serie de factores culturales, históricos y raciales que hacen posible la existencia de una comunidad y manifiestan la voluntad de vivir en común.
- Este vínculo posee también un carácter político, de interés y de participación en la “res publica”, administración, y ejercicio, en consecuencia, genera derechos y obligaciones políticas, para elegir o ser elegido para desempeñar cargos en la dirección del Estado.
- Finalmente, es un vínculo jurídico, en tanto esta condición supone el reconocimiento de derechos y obligaciones civiles. La atribución o facultad de los derechos otorgados por la naciona-

lidad hacen que el Estado se obliga a la protección a sus nacionales y sus bienes, en el territorio nacional o en el extranjero, como recíprocamente, éstos se comprometan a cumplir una serie de obligaciones frente a aquel.

1.2.5.2.2 Derechos humanos

La nacionalidad responde a una serie de Principios Reguladores, sancionados en las Declaraciones y Reglas aprobadas internacionalmente, de profunda vocación humanista.

Desde finales del siglo XIX se han realizado diferentes eventos en los que cuales se han ido creando reglas y principios generales para otorgar o adquirir la nacionalidad, entre ellos se pueden mencionar los tres siguientes:

- **La Sesión de Cambridge del 24 de Agosto de 1895, del Instituto de Derecho Internacional.** En esa Sesión se adoptaron ciertos principios jurídicos en materia de nacionalidad:

- 1- Nadie debe carecer de nacionalidad.
- 2- Nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades.
- 3- Cada uno debe tener el derecho de cambiar de nacionalidad.
- 4- La renuncia pura y simple no basta para perderla
- 5- La nacionalidad de origen no debe transmitirse indefinidamente de generación en generación establecida en el extranjero. –

- **La Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, del 13 de Marzo al 12 de Abril de 1930 en la Haya.** Se aprobaron los siguientes principios:

- a) Pertenece a cada Estado determinar su nacionalidad la misma que será admitida por otros Estados.
- b) Toda cuestión relativa sobre si un individuo posee la nacionalidad de un Estado debe ser resuelta conforme a la ley de ese Estado.

- c) En caso de doble nacionalidad, cada Estado tiene competencia sobre el individuo titular de las dos nacionalidades.
 - d) Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, en contra del Estado donde aquél es también nacional.
 - e) Todo individuo con doble nacionalidad puede renunciar a una de ellas, con autorización del Estado en donde quiere renunciarla.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, en 1969 y aprobada en 1972.**

El artículo 20, estableció el derecho a la nacionalidad en los siguientes términos:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
- 3- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Actualmente, la nacionalidad ha adquirido una connotación tal que ha sido elevada a la categoría de Derecho Humano fundamental y en consecuencia ha sido reconocido por varios instrumentos jurídicos internacionales, de carácter declarativo y convencional; aquellos de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) y la Organización de Estados Americanos (O. E. A.):

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.**

Esta declaración estipula en su artículo 15 lo siguiente:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
 - 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del Derecho a cambiar de nacionalidad
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966**, el artículo 24 inciso 3º, indica, Que: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

- **La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de 1969.** En el artículo 20, “Derecho a la Nacionalidad” se afirma:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra.
- 3- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

- **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.**

El Artículo XIX de esta declaración establece el Derecho a la Nacionalidad, dice: *“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.*

- **La Convención para Reducir los casos de Apátrida, de 1961.**

Acordó:

- 1- Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.

Esta nacionalidad se concederá:

- a) De pleno derecho en el momento del nacimiento.
- b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado, o en su nombre, o en la forma prescrita por la legislación del Estado que se trate.

- **La Declaración de los Derechos del Niño.**

Esta declaración en el Principio 3, establece: *“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.*

- **La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965.**

En el artículo 5, declara:

“Los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda per-

sona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color, u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes:

- d) Derechos civiles,
- iii) El derecho de la nacionalidad.

1.2.5.3 ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ORIGINARIA O ADQUIRIDA

Además de los elementos filosóficos, políticos o sociológicos que pueden serles atribuidos a la nacionalidad, éste derecho es considerado superior a la *summa divisio*, establecido entre el derecho público y privado. La doctrina mayoritaria considera que el estado de las personas, a la cual se relaciona la nacionalidad, se vincula más al primero que al segundo. Las disposiciones sobre el tema más públicas que privadas así lo confirman. El Estado en el ejercicio de sus funciones soberanas, adopta un ordenamiento político-jurídico y decide sobre las normas pertinentes de derecho público, particularmente válidas para los procesos de adquisición y pérdida de la nacionalidad. Se añade a los elementos conceptuales, un fuerte contenido emocional, cuyos ejemplos son los frecuentes cambios sobre el concepto de nacionalidad y de conceptos conexos esgrimidos por las mayorías políticas en función de los proyectos de sociedad, o de las coyunturas políticas.

La ciencia política y las disciplinas del derecho vinculadas a esta cuestión se apoyan sobre diversos elementos, según cada enfoque, para definir la nacionalidad y los elementos conexos, todas ellas coinciden, sin embargo, en el rol central del Estado en esta materia.

El derecho interno de cada Estado reglamenta soberanamente la forma de otorgar su nacionalidad, de tal manera que su adquisición puede ser originaria o adquirida.

Doctrinariamente, se dice que la nacionalidad se divide en dos casos de especie, desde el punto de vista de su adquisición:

- a) *Nacionalidad de origen u originaria*, aquella que el Estado atribuye al individuo al momento de nacer.
- b) *Nacionalidad adquirida*, aquella que el individuo puede obtener más tarde por medio de la naturalización.

1.2.5.3.1 Adquisición

- **Nacionalidad originaria**

La nacionalidad originaria está referida básicamente a las personas físicas pero por antropomorfismo se les aplica también a las personas jurídicas o morales. Existen, en general, tres maneras de asumir la nacionalidad originaria, llamada también natural o de nacimiento:

Ius Sanguinis, llamado también derecho de sangre, comprende la ascendencia y descendencia de una persona. *Ius Soli* o *Ius Domicili*, considerado como el espíritu de hacer de un lugar el sitio de domicilio, e integrado por dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Y el *Régimen Mixto*, que integra tanto elementos del primero como del segundo.

§. *Ius Sanguinis*.

Se ha dado en entender la nacionalidad como el vínculo que determina la pertenencia de la población a un Estado. Desde una perspectiva jurídica, sólo puede establecerse la noción de nacionalidad en relación con un Estado. La nacionalidad de derecho se configura como el vínculo existente entre la organización estatal y el individuo identificándolo como miembro de su población.

El criterio de población o grupo humano contribuye a la definición de nacionalidad. Según éste, cada Estado confiere a los nacidos en su territorio, una nacionalidad legal, según las reglas fijadas por cada país y sus políticas, permitiendo de operar la distinción entre el nacional y el extranjero que evocamos antes.

Uno de los rasgos comunes a la población es la ascendencia-descendencia, el *Ius sanguinis* (del latín, derecho de sangre) criterio jurídico que puede adoptar un ordenamiento para la concesión de la nacionalidad. Según el *Ius sanguinis*, una persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación (biológica o incluso adoptiva), aunque su nacimiento se realice fuera del territorio nacional o en otro país.

El sistema del *Ius Sanguinis* tiene su origen en el derecho Romano y está dado por el vínculo de sangre, según el cual, las personas adquieren

la nacionalidad de sus padres, cualquiera que sea el lugar donde hayan nacido. Dicho sistema presenta la ventaja de mantener las tradiciones del hogar, la lengua, los intereses y tiende a una gran nacionalidad familiar. Sin embargo, por no tomar en cuenta el lugar de nacimiento, presenta varias dificultades y obstáculos, como aquel de otorgar la nacionalidad a personas que se encuentran lejos de su territorio, imbuidos con otras tradiciones, costumbres o intereses, o al recién nacido imposibilitado de manifestar su voluntad sobre la nacionalidad que le corresponde.

§. Ius Soli.

Tiene su origen en el régimen feudal, según el cual, se considera nacional a toda persona que nazca dentro de un *feudo*, o territorio determinado, aunque los padres no sean nacionales del mismo, es decir, que la nacionalidad se determina por el lugar del nacimiento. Dicho sistema se justifica por la afinidad y adaptación que una persona tiene con el lugar que habita, su medio social y su geografía, pero tiene el inconveniente de incorporar a una extensa y variada población a un Estado.

La importancia del criterio territorial en la formación de la nacionalidad se explica, entre otros, por el paso del sistema medieval al Estado moderno, cuya *territorialización de la autoridad y de la ley* no son sino una de sus manifestaciones.

Por este criterio, el Ius soli, opuesto al Ius sanguinis, una persona adquiere la nacionalidad de un país por nacimiento en un territorio nacional.

Además de constituir un vínculo político, la nacionalidad se configura como una cualidad, como un status de la persona, al que resultan aplicables todas las reglas generales del estado civil. Cualidad de nacional que es presupuesto de derechos y obligaciones.

Mientras que el Ius soli intenta proteger los derechos de los nativos, el *Ius sanguinis* trata de proteger los derechos de los emigrantes. Se utiliza en mayor medida en aquellos países que, por su situación socio-económica, tienen tendencia a mayor emigración. En consecuencia, los hijos que nacen en el extranjero mantienen la nacionalidad de sus padres; esto sin perjuicio del Derecho de optar por otra nacionalidad, que pueda cor-

responderle al llegar a una determinada edad. El *Ius soli*, sin embargo, se utiliza más en países receptores de emigrantes, por su mejor adecuación a la realidad social.

Algunos autores hablan del *Ius domicili*, mediante la cual se obtiene la nacionalidad del domicilio de los padres.

§. Régimen Mixto

Existe además del *Ius sanguinis* y el *Ius soli*, un Régimen mixto, que combina, según cada país, determinados porcentajes del *Jus Soli* y del *Jus Sanguinis*, atribuyendo a los hijos de los extranjeros la nacionalidad del lugar donde haya nacido y a los hijos de los nacionales nacidos en el extranjero, la nacionalidad de sus padres. En algunas legislaciones, de forma provisional y con reserva del derecho de opción del nacido.

Existe en algunos países centroamericanos un sistema adicional que podríamos llamar Sistema de Nacionalidad Centroamericana, consistente en atribuir a las personas originarias de los Estados que constituyeron la República Federal de Centroamérica, domiciliados en esos países y que manifiesten su voluntad de ser nacionales ante las autoridades competentes, la calidad de nacional originario. Tal sistema es aplicado en las legislaciones guatemalteca, nicaragüense y salvadoreña únicamente.

Si bien hemos dicho, el derecho reconoce a cada Estado, competencia exclusiva para determinar sobre los criterios jurídicos y políticos en la adjudicación de la nacionalidad de su población, distinguiendo entre el nacional y el extranjero, no podemos olvidar que éste mismo ente utiliza la nacionalidad como criterio de *pertenencia jurídica y política de una persona a su población*; así, la institución jurídica de la nacionalidad puede ser vista como un instrumento de apertura o de clausura social; de exclusión o de inclusión.

a.1. Persona física

La nacionalidad de la persona física puede ser originaria o adquirida. La nacionalidad originaria resulta del nacimiento; la nacionalidad adquirida, es aquella obtenida, por cambio o substitución de la nacionalidad originaria, o de aquellas que sucedieron a ésta. La determinación

ón de la nacionalidad originaria proviene de la disposición, atribución, voluntad del Estado; la nacionalidad adquirida, depende de la voluntad del individuo o de circunstancias excepcionales. Generalmente, la primera es una nacionalidad de atribución, y la segunda, una nacionalidad de elección. En principio, todo individuo debe tener al menos una nacionalidad. Este principio es exacto teóricamente, pero puede fallar en la práctica. Frecuentemente se presentan dos situaciones: primo, cuando el individuo carece o ha sido despojado de una nacionalidad, privándose de la protección de su Estado como del Derecho Internacional y por consiguiente, considerado un apátrida. Segundo, cuando el individuo tiene más de una nacionalidad, conocidos éstos como “sujetos mixtos”, los cuales presentan también una situación jurídica compleja, doble o múltiple nacionalidad.

La doble nacionalidad consiste en “la posesión de los derechos y deberes políticos de dos países y ejercitables sin más que la residencia en cualquiera de ellos, que en principio puede mudarse con plena libertad.”

La determinación de cuáles personas físicas pertenecen a una nacionalidad, es facultad soberana del derecho interno de cada Estado. El Convenio relativo a conflictos de leyes sobre nacionalidad, de la Haya (1930), estableció que “corresponde a cada Estado determinar por su legislación cuáles son sus nacionales”. Y el Código Internacional Privado o Código de Bustamante, de 1928 indicaba ya que, “cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado.

a.2. Persona jurídica

Aunque el término jurídico de nacionalidad surge en relación con las personas físicas, por extensión, se utiliza también para designar la especial relación de un Estado con determinadas personas jurídicas y con ciertas inmuebles (buques, aeronaves) bienes importantes en la vida económica de un país.

Existen dos teorías al respecto, aquella que indica que las personas jurídicas:

- a) Tienen nacionalidad; y las que admiten que
- b) No tienen nacionalidad.

El debate de fondo reside en la ley aplicable a las personas jurídicas.

Aquellos que defienden la posición de que si tiene nacionalidad, esgrimen:

- Les es aplicable la nacionalidad del lugar de su constitución.
- Cuentan con una Autorización Gubernamental.
- Su nacionalidad se determina por la nacionalidad de sus socios: Fundadores, Gestionarios, Socios Mayoritarios.
- Tienen un Domicilio Social.

Sin embargo, todos estos argumentos pueden ser rebatidos:

- porque el lugar de la constitución de la persona jurídica puede ser fraudulenta u oportunista;
- porque las autorizaciones para funcionar no los compele efectivamente a realizar sus actividades;
- porque la personalidad jurídica de la persona jurídica difiere de aquella de la personas físicas de sus socios que son mortales, cambian de nacionalidad, pueden ser apátridas o con doble o múltiple nacionalidad; o
- porque el domicilio social de la persona jurídica, puede ser aquel de la sede central, la sede administrativa, productiva o de servicios, o en los casos de personas jurídicas transnacionales, cualquiera entre las que decidan éstas.

Las guerras y las situaciones de crisis actuales, hicieron y hacen que la nacionalidad de las personas jurídicas, sirvan como mecanismos de infiltración, o ex filtración económica, de saber hacer, frente al enemigo o a la crisis. Francia ha argumentado que la persona jurídica tiene la nacionalidad de quien tiene su control efectivo; pero no es fácil determinar quien detenta éste en determinadas personas jurídicas (compañías,

holdings o empresas) transnacionales. Frente a ello, surgió la tesis de que las personas jurídicas no tienen nacionalidad, porque este atributo es un vínculo político, sociológico, jurídico, y que las personas jurídicas no pueden ejercer esos derechos políticos virtuales como elegir o ser elegidas.

Lo importante no es en efecto la nacionalidad, sino el derecho aplicable a la persona jurídica. Recientemente, se acepta más la tesis de la territorialidad de las personas jurídicas, aplicación de la ley de un determinado país en la constitución de las mismas y la fijación de un domicilio social, como condiciones que permiten a éstas de adoptar una determinada nacionalidad.

b. Nacionalidad adquirida

La nacionalidad adquirida o llamada también derivativa o por naturalización, es el medio por el cual un extranjero, adquiere la nacionalidad del Estado que la otorga. Algunos investigadores utilizan la expresión “naturalización o nacionalización strictu sensu” al hecho de admitir a un extranjero, como ciudadano, cuando éste presenta una solicitud formal, en la que manifiesta su deseo de nacionalizarse. La naturalización solo procede respecto de extranjero y sigue siendo una prerrogativa soberana y discrecional del Estado, el cual puede concederla o negarla, sin explicar las razones de su determinación. La naturalización confiere al individuo la condición de nacional y en consecuencia el goce pleno de los derechos políticos a que tiene derecho todo nacional. A pesar de ello, por las múltiples motivaciones a las que se encuentra sujeta, esta atribución no le acuerda la absoluta equivalencia de derechos con el nacional originario. Así, la nacionalidad originaria puede modificarse o cambiarse en virtud de ciertas determinaciones: el matrimonio, la legitimación, la adopción, el derecho de opción, por residencia, por trabajo al servicio de gobierno extranjero, por petición del interesado.

La naturalización adquirida presenta dos caracteres, puede ser por naturalización individual o colectiva de la persona física:

Naturalización Individual

La concede la autoridad competente, a solicitud del interesado, una vez satisfechas las condiciones impuestas. Se concretiza la concesión o aprobación de la naturalización por la autoridad delegada mediante otorgamiento del carné o carta de naturalización o documento de identidad. La naturalización individual puede ser:

- Voluntaria: exige una residencia prolongada, renuncia explícita o no a la nacionalidad anterior.
- Semi-voluntaria: si las legislaciones atribuyen forzosamente a un cónyuge, la nacionalidad del otro, o de la paternidad.
- Forzada: por simple ingreso en el territorio en el caso de los extranjeros; o en el caso de los nacionales naturalizados en el extranjero, si regresan a su país de origen recuperan su nacionalidad.

El procedimiento de la naturalización puede comprender los siguientes trámites:

- a) Presentación de una solicitud expresa, renunciando o no, terminantemente a la nacionalidad poseída y de satisfacer las circunstancias o calidades personales favorables al derecho público del Estado en el cual se pretende ser nacional.
- b) Comprobación de vecindad y residencia, a fin de demostrar que el pretendiente ha convivido el tiempo suficiente para considerarse miembro de la sociedad a la cual desea pertenecer definitiva y plenamente; o un certificado de matrimonio civil con cónyuge originario del país.
- c) Intervención Judicial.
- d) Informes especiales sobre antecedentes de conducta.
- e) Comprobación de medios lícitos de subsistencia.
- f) Declaración expresa de sujeción incondicional (allégeance) a las leyes del país cuya nacionalidad se pretende adquirir.

Naturalización Colectiva

Es concedida por la autoridad competente a una colectividad de individuos, no necesariamente peticionarios de ella, principalmente en casos de anexión territorial, naturalización colonial, etc.

Los principios de la nacionalidad adquirida aparentemente no serían aplicables a las personas jurídicas o morales. Sin embargo, alguno de los argumentos utilizados, para los casos de naturalización individual de las personas físicas, en lo relativo a su carácter voluntario podrían ser aplicables a los casos de las personas jurídicas. Por ejemplo: la exigencia de una residencia prolongada o una renuncia explícita a la nacionalidad anterior. No serían aplicables, aparentemente en los casos de naturalización semi-voluntaria ni forzada.

1.2.5.3.2 Pérdida

Los Estados determinan en su derecho interno las causas de la pérdida de la nacionalidad de sus nacionales, siempre que éstas no sean contrarias al derecho internacional generalmente reconocido, o a los Tratados a los cuales adhieren. Las causas más usuales son por: renuncia, desnaturalización, abandono, expatriación, opción, naturalización y sentencia judicial.

Estos casos se aplican cuando la ley prevé que un nacional o un extranjero pueden **renunciar** unilateralmente a su nacionalidad. O cuando algunas legislaciones prevén la **desnaturalización** de un nacional, como sanción, si sin su consentimiento trabaja al servicio de un Estado extranjero. Otras legislaciones prevén el caso de pérdida de la nacionalidad, cuando un nacional **abandona** el Estado, y no retorna a él después de determinado tiempo. La **expatriación** es voluntaria, cuando el naturalizado abandona de *motu proprio* el territorio del Estado de origen o adquirido y no retorna después de un tiempo determinado, fijado por ley. La **opción**, se presenta cuando una persona con dos o más nacionalidades, se ve obligada a optar por una de ellas a la mayoría de edad. La nacionalidad se pierde, al instante mismo que un nacional de un Estado adquiere

carta de **naturalización** de otro Estado. Hay algunos Estados, empero, que no aceptan la pérdida de la nacionalidad de sus nacionales aunque adquieran carta de naturalización en otro Estado. Excepcionalmente un nacional puede perder su nacionalidad por efecto de una **sentencia** emanada de un tribunal competente. Pero así como pierde la nacionalidad esta puede recuperarse.

1.2.5.3.3 Recuperación

Además de las dos formas de adquisición de la nacionalidad, originaria y adquirida, se puede recuperar o re-adquirir la nacionalidad. Para ello se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos de derecho interno que la ley exige según las normas del Estado del que se trate. Estos requisitos generalmente son: que el naturalizado regrese a su país de origen, con la intención de no volver más a su patria adoptiva y que el naturalizado se domicilie por más de ex años en su país de origen con intención de quedarse permanentemente en él.

La recuperación de la nacionalidad no tiene efectos retroactivos, en el sentido de que no se pueden desconocer las obligaciones contraídas con anterioridad al momento de la recuperación de la nacionalidad originaria.

1.2.5.3.4 Efectos

Resulta necesario determinar la nacionalidad de las personas debido a los efectos que ella puede tener, tanto para el derecho público como para el derecho privado de cada país.

Entre los efectos de la nacionalidad de derecho público, se puede destacar los siguientes:

- 1) Otorga a determinadas personas derechos políticos.
- 2) Impone obligaciones civiles-militares impostergables.
- 3) Capacita para el desempeño de algunas funciones públicas específicas, vedadas a los extranjeros.

- 4) Instruye a los nacionales para el ejercicio de ciertos derechos, actividades o profesiones que las leyes enumeran explícitamente.
- 5) Habilita para la obtención de los títulos de nacionalidad (carta de identidad, pasaporte,...)
- 6) Posibilita la repatriación por el Estado de origen en caso de indigencia, salud.
- 7) Acuerda la posibilidad de recurrir a la protección diplomática del país del cual se es nacional.

La nacionalidad tiene también efectos de derecho privado, definidos en su Constitución y normas específicas que los países aplican a las personas que se hallan dentro de su territorio; disposiciones de derecho civil, en todos los casos en que se discuten problemas derivados de su identidad, capacidad, estado civil, de los bienes o de la norma de derecho sucesorio o de la familia, este sistema se llama “de la nacionalidad” y determina que el individuo porta siempre consigo, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, su propio status personal. Algunos de estos países son España, Francia, Italia, Cuba, Venezuela,...

Existe otro grupo de países, contrariamente, que han adoptado el llamado “sistema del domicilio” según el cual, las relaciones y conflictos civiles, se rigen por las leyes del país en el que el individuo se domicilia, cualquiera que sea su nacionalidad. Algunos de estos países son: Argentina, Estados Unidos, Inglaterra,...

1.2.5.3.5 Doble o múltiple nacionalidad

c.5.1. Historia.

Entre los primeros a reconocer la doble nacionalidad se encuentra la cultura helénica, Grecia en particular. Nada existe en el mundo que pueda compararse al hermetismo y a la cohesión de la antigua “polis” basada en fuertes vínculos religiosos y en una concepción supra individual de la ciudad. En estas Ciudades-Estados, se admitió la doble nacionalidad, la cual podía surgir de cualquiera de tres formas:

- a) La “sympoliteia” que suponía una liga o alianza política con una ciudadanía común o, “koinopoliteia” a la que tenían derecho los que eran ciudadanos de una de las ciudades aliadas.
- b) En la “isopoliteia” o concesión recíproca de la ciudadanía, cada ciudad conservaba totalmente su independencia sin que ninguna de ellas, sufriera la menor merma en su soberanía, pero los ciudadanos de cada una alcanzaban la ventaja de gozar en la otra ciudad de los privilegios del ciudadano.
- c) La concesión de la ciudadanía a una persona que conserva, sin embargo, su ciudadanía originaria.

En el ejemplo de **Grecia**, es especial la figura de la “isopoliteia”, que muestra el clima propio de doble nacionalidad y enseña la forma técnica, en la que puede funcionar sin dificultades. Es necesario tomar en cuenta el hecho que en el territorio de la comunidad helénica, donde eran frecuentes las luchas y resentimientos entre los diversos estados, por sangrientas y hondas que fueran éstas, nunca pudieron sobrepasar el sentimiento de unidad interna y de diferencia esencial respecto a los bárbaros. La unidad de origen y de raza de los griegos se había convertido desde largo tiempo en una sólida y consciente unidad de cultura. El heleno primero era “miembro de su polis” y en segundo lugar era “miembro de la raza helénica”, constituyendo frente a los no helenos un círculo exclusivo. Tenía un doble vínculo de ciudadanía, primario y predominante respecto a su ciudad, y secundario hacia los varios miembros de la raza griega. El funcionamiento de la doble ciudadanía no tuvo dificultades, los naturalizados por el decreto de concesión de ciudadanía, quedaban autorizados a inscribirse en una tribu, demo o fraternía, y para poder ejercitar los derechos de ciudadano bastaba esta inscripción y el traslado de residencia. En caso de conflicto entre dos ciudades, tampoco parece lo hubiera, pues se daba más valor a la ciudadanía de origen que a la adquirida, a no ser que hubiese perdido o se perdiese aquella.

En el caso de **Roma**: el sentido práctico y el buen instinto político del pueblo romano no desconoció la utilidad de la doble nacionalidad. El “foedus latinum” concedía a los latinos la ciudadanía, romana, pero sin

que por ello perdiesen su propia ciudadanía latina; la situación jurídica que por él habían conseguido los latinos la consideraba Dionisio igual a la creada por la “isopoliteia” griega. El latino tenía derecho de voto en la Asamblea Romana y podía gozar de todos los derechos del ciudadano romano si se establecía en Roma, o bien conservaba los derechos privativos de su propia ciudad si permanecía en ella. Después de Augusto, es indudable que los extranjeros que adquirían la ciudadanía romana conservaban - junto a ésta - su antigua ciudadanía. La ciudadanía romana operaba así como un privilegio añadido a la propia ciudadanía, de modo que entre las mejores familias griegas de las ciudades y los mejores propietarios de tierras, pocos eran los que no poseían, la ciudadanía romana.

Durante la Edad Media existió el **crístianismo** como una comunidad viviente de religión y de cultura de la que todos los pueblos europeos se reconocían partícipes. En el derecho medieval actúa la unidad cristiana, lo que explica que a pesar del recelo que separa a ciudades y territorios, se permitía muchas veces adquirir la ciudadanía por domicilio y sin que se exija el abandono de la ciudadanía originaria, conservada de modo latente. Este clima moral permite que se consideren normales los tratados de “*combourgeoisie*” como el de 1505 entre los cantones de Berna y Friburgo, y el de 1528 entre el Valais y cinco pequeños cantones. En ellos se pactaba honor, amistad y alianza, conservando cada contratante su plena independencia. Pero los súbditos de cada uno podían ir, sin necesidad de permiso especial, a establecerse en el país de los otros y gozar allí de los privilegios del ciudadano, sin requerir para ello de carta de naturalización.

Los **musulmanes** conocen, por encima de las divisiones políticas una distinción de mayor amplitud e importancia. El mundo para ellos, está separado en dos, el territorio del Islam (“Dar el islam”) y el territorio de guerra (“Dar el Harb”) el primero, la patria de todos los musulmanes, y el segundo, el país extranjero. Esta concepción valora en cada musulmán una doble condición. La de súbdito de un determinado soberano y la de perteneciente a la comunidad islámica. Así por ejemplo, el persa está sometido a distinta soberanía que el egipcio, pero “un musulmán de

Persia podrá tener en Egipto los mismos derechos y las mismas ventajas que un egipcio musulmán”.

En la época contemporánea ofrece una figura de duplicidad de nacionalidad. En 1911 los ingleses declararon que la nacionalidad imperial debía ser general y uniforme, aunque quedando cada colonia libre para conferir una nacionalidad “de carácter puramente local”. El desarrollo de esta idea fue mayor de lo previsto. Existe la condición de súbdito británico (“British subject”) como ciudadanía común (common citizenship) y junto a ella surgen los títulos de “Canadian National” o “Union National” con valor sustantivo y general. La precisión de estas nacionalidades ha requerido tiempo. Un súbdito británico puede tener efectivamente dentro de la comunidad británica dos nacionalidades distintas, e incluso independientes, que se adquiere y pierden de modo diferentes y que otorgan propios deberes y derechos.

Muchos han sido los esfuerzos para que la comunidad iberoamericana busque vía su integración regional, su identidad, dado sus orígenes, costumbres, religión, lenguas, así como también son cercanos sus intereses y las necesidades de sus habitantes. Sin embargo, no hay avances concretos sobre este punto con excepción de algunos tratados de doble nacionalidad celebrados por algunos países latino americanos, Argentina, Perú, Ecuador, Colombia con España.

c.5.2. Definición

En el derecho moderno también se reconoce que una persona pueda tener más de una nacionalidad, tal situación jurídica se define como “la posesión de los derechos y deberes políticos y civiles de varios países y ejercitables sin más que la residencia en cualquiera de ellos”. A las personas con doble o múltiple nacionalidad se les llama por algunos tratadistas, “sujetos mixtos” debido a lo complicado y problemático que presenta su situación jurídica, ya que los Estados de los cuales son nacionales, les reconocen al mismo tiempo tal situación, sea que se dé por la aplicación del Jus Soli o del Jus Sanguinis, originando, en algunas ocasiones, conflictos de nacionalidades. Tales conflictos surgen por las obligaciones que cada Estado impone a sus nacionales y éstos, por falta de un ordenamien-

to jurídico positivo vigente de carácter nacional, reconocido internacionalmente, se encuentran ante la imposición simultánea de obligaciones cuyo cumplimiento se elude o incumple por su imposibilidad de hacerlo, o fraudulentamente. El servicio militar obligatorio, la dificultad de determinar el estado jurídico de las personas, su capacidad jurídica, la ley nacional que se debe aplicar al sujeto y la protección diplomática en el extranjero, son algunas situaciones que se consideran difíciles de determinar en aquellas personas con doble nacionalidad.

d. Conflictos de nacionalidad

A través de la historia, el estudio de la nacionalidad presenta diversos conflictos, los cuales surgen por la diversa regulación de los derechos positivos en este aspecto. Los casos donde la nacionalidad es múltiple o donde es inexistente, son conocidos como “conflictos de nacionalidad”. Estos conflictos se agrupan en dos clases. Positivos y Negativos.

Los conflictos de nacionalidad son uno de los objetivos de resolución del Derecho internacional privado, Se presentan por la opción legislativa elegida por cada país. En América Latina los conflictos de nacionalidad se encuentran resueltos por el Código de Derecho Internacional Privado, conocido como *Código de Bustamante* por su autor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, para los países que los suscribieron en 1928, para aquellos países que no lo han suscrito tiene solo valor de Principios de Derecho Internacional (Estados Unidos, México y Colombia, Argentina, Uruguay y Paraguay).

1.2.5.4 CONFLICTOS DE NACIONALIDAD

1.2.5.4.1 Clases

Los conflictos pueden ser:

Sobre la persona:

- Positivos: una misma persona tiene varias nacionalidades. (4.2.1.)

- Negativos: una persona es despojada de su nacionalidad o rechazada en su pretensión de adquirir otra; es particularmente el caso de los apátridas. (4.2.2.)

Sobre los criterios jurídicos adoptados por cada Estado:

- Ius sanguinis;
- Ius soli.

1.2.5.4.2 Sobre la persona

1.2.5.4.2.1 Positivos

Cuando una misma persona tiene dos o más nacionalidades, como consecuencia de la aplicación de distintos sistemas para otorgar la nacionalidad, por los diversos regímenes de soberanía, es lo que conocemos como conflictos positivos. Las personas que se encuentran en esta situación son llamados “sujetos mixtos”, al respecto muchos tratadistas sostienen que la multiplicidad de nacionalidad brinda más beneficios al individuo, ya que éste obtiene mayor protección, al mismo tiempo que el Estado se beneficia al cobrar impuestos a los que residan fuera y no causan gastos, más para otros, los perjuicios que este ocasiona son mayores, dado que si un Estado puede exigir a sus ciudadanos, hasta el sacrificio de sus vidas, sería absurdo que dos Estados exigieran a una persona la misma obligación al mismo tiempo, así también, si un individuo en su condición de ciudadano puede exigir al Estado la protección de sus derechos, es absurdo que éste exija a la vez la protección de sus derechos a dos o más Estados.

1.2.5.4.2.2 Negativos

Son aquellos que se dan cuando una persona no es considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación. Estos individuos son llamados “apátridas”. Hay quienes sostienen que la ausencia de nacionalidad no ocasiona más que beneficios, tanto para el individuo

como para el Estado, ya que, el ciudadano se ve libre de las obligaciones provenientes de la nacionalidad y a su vez, el estado, de la preocupación de legislar al respecto, sin embargo, para otros, los perjuicios que la apátrida puede ocasionar son peores, en el sentido de que el apátrida se encuentra privado de la protección de sus derechos.

1.2.5.4.3 Origen

La coexistencia en el terreno internacional de los principios del Jus Soli y del Jus Sanguinis y sus correspondientes aplicaciones prácticas, la coexistencia posible y parcial de ambos principios aún dentro de los límites territoriales de un solo país, la existencia de numerosas circunstancias que permiten la adquisición de otra nacionalidad, la existencia de legislaciones que no permiten la renuncia de su nacionalidad, así como las renunciaciones de nacionalidad hechas por aquellas personas que desean adquirir otra, pero que no lo hacen ante los funcionarios competentes para ello o de la manera establecida por la ley, y la concesión de la doble nacionalidad, expresamente por muchas legislaciones, plantean con gran frecuencia casos de personas que poseen simultáneamente dos o más nacionalidades, adquiridas en el momento del nacimiento o durante el transcurso de su vida.

1.2.5.4.4 Resolución de conflictos

Para resolver estos conflictos, se apela a diferentes sistemas:

- Aplicación del mismo sistema a nacionales y extranjeros.
- Acuerdos de principios de reciprocidad.
- Aplicar medidas para atribución de nacionalidad; y
- Evitar imponer nacionalidad sin renuncia previa de la anterior.

Para la resolución de conflictos, el Código de Bustamante distingue:

- *Si la nacionalidad del Estado juzgador es una de las nacionalidades en conflicto:*

El juez debe aplicar la *lex fori* (su ley).

- *Si la nacionalidad del Estado juzgador no es una de las nacionalidades en conflicto:*

Debe distinguirse entre la persona natural y la persona jurídica:

- *Si se tratare de una Persona natural:* se distinguirá según la naturaleza del conflicto de nacionalidad:
 - *Nacionalidad Perdida:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume perdida.
 - *Nacionalidad Recuperada:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume recuperada.
 - *Nacionalidad Adquirida:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume adquirida.
 - *Nacionalidad de Origen:* Se distinguirá, entre:
 - si la persona está domiciliada en un Estado cuya nacionalidad está en controversia: Se aplican las normas de nacionalidad del domicilio de la persona.
 - si la persona está domiciliada en un Estado cuya nacionalidad no está en controversia: Se aplican los principios fundadores de las normas de nacionalidad del Estado juzgador.
- *Si se tratare de una Persona jurídica:* Se distinguirá, si se trata de personas jurídicas de derecho privado con o sin fines de lucro.
 - *Sin fines de lucro:* se subdistinguirá, entre:
 - Corporaciones y Fundaciones: que tienen la nacionalidad del Estado que las autoriza o crea.
 - Asociaciones: que tienen la nacionalidad del Estado que las autoriza.
 - *Con fines de lucro:* (Sociedades) Tienen la nacionalidad establecida en su escritura de constitución, subsidiariamente, en el lugar donde funciona su gerencia general o casa matriz.

1.2.5.4.5 Instrumentos jurídicos reguladores

Se condena en muchos casos la multinacionalidad, por que a través de ella surgen una serie de conflictos a los cuales el derecho ha venido buscando soluciones, sobretodo, mediante la creación de diversos instrumentos jurídicos reguladores.

Entre estos instrumentos podemos mencionar:

d.5.1. Los Tratados.

Aunque las soluciones que de ellos surgen son muy importantes, son insuficientes para las necesidades internacionales, debido a los diversos intereses de los países contratantes.

d.5.2. Los Tribunales.

Si bien existen para regular conflictos internos, no se ha creado un Tribunal o un Sistema jurídico aprobado por la comunidad internacional, que proponga concretamente soluciones a tales problemas.

d.5.3. Congresos.

Su finalidad no pretende ser a corto plazo un espacio de unificación o estandarización del derecho, sino al menos, encontrar puntos de concordancia. Al respecto se han realizado importantes Congresos que han producido valiosos aportes en términos de reglas o disposiciones para regular la situación de la doble o múltiple nacionalidad a nivel internacional.

Mencionamos tres entre ellos, que estimamos los principales:

d.5.3.1. El Congreso de Panamá de 1826.

En este Congreso se suscribió el Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua, la Convención de Contingentes y se elaboró un documento muy importante sobre ciudadanía continental y esclavitud, constituyendo un paso avanzado con relación a la época, cuando el derecho internacional sólo reconocía subjetivamente a los Estados, relegando al individuo a la jurisdicción interna. Los artículos 23 y 24 del Tratado

consagran el principio, de que el individuo nacido en el continente tiene derecho al reconocimiento de la ciudadanía en cualquiera de sus repúblicas, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. Tal principio ha sido tomado en cuenta por la mayoría de las constituciones iberoamericanas, lo que significa que el americano tiene una patria común, que es el Continente, pudiendo escoger con entera libertad el país de su residencia.

El artículo 23 del mencionado Tratado dice: “ Los ciudadanos de cada una de las partes contratantes gozarán de los derechos y prerrogativas de ciudadanos de la república en que residen, desde que, manifestando su deseo de adquirir esta calidad ante las autoridades competentes, conforme a la ley de cada una de las potencias aliadas, presente juramento de fidelidad a la Constitución del país que adopten, y como tales ciudadanos podrán obtener todos los empleos y distinciones a que tienen derecho los demás ciudadanos, exceptuando siempre aquellos que las leyes fundamentales reservan a los naturales y sujetándose para la opción de los demás, al tiempo de residencia y requisitos que exijan las leyes particulares de cada potencia”.

Artículo 24: “Si un ciudadano o ciudadanos de una república aliada prefiriesen permanecer en el territorio de otra conservando siempre el carácter de ciudadano del país de su nacimiento o de su adopción, dicho ciudadano o ciudadanos gozarán igualmente en cualquier territorio de las partes contratantes en que residan de todos los derechos y prerrogativas de naturales del país en cuanto se refiere a la administración de justicia y a la protección correspondiente a sus personas, bienes y propiedades, y por consiguiente, no les será prohibido bajo pretexto alguno el ejercicio de su profesión u ocupación ni el disponer entre vivos o por última voluntad de sus bienes, muebles o inmuebles, como mejor les parezca, sujetándose en todo caso a las cargas y leyes a que lo estuvieren los naturales del territorio en que se hallaren”. El principio de la ciudadanía continental afirmado en el Congreso de Panamá, fue reafirmado con el Tratado de Washington de 1856, en que se plasmó: “Los ciudadanos de todas las repúblicas aliadas que lo pretendieren, serán considerados, en cada una de ellas, como ciudadanos en el goce de los derechos y con las limitaciones que establecen las constituciones respectivas.

d.5.3.2. Congreso de La Haya

En el Congreso de La Haya, bajo el control de la extinta Sociedad de Naciones, en 1930 se reunió una Conferencia en la que aprobó una Convención relacionada con los conflictos de leyes sobre nacionalidad y en la cual se determinó:

- a) En caso de doble nacionalidad cada Estado tiene competencia sobre el individuo titular de las dos nacionalidades.
- b) Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, en contra de un Estado donde aquel también es nacional.
- c) Todo individuo que posea dos nacionalidades, si se manifiesta éste su conformidad al hecho de la doble nacionalidad, en cuanto a la forma de adquirirla, podrá renunciar a una de ellas con la autorización del Estado donde quiere renunciarla. Esta autorización no será rechazada al individuo que tenga su residencia habitual fuera de ese Estado". En la misma Conferencia sobre la codificación del Derecho Internacional; se acordó un Protocolo respecto a las Obligaciones Militares en ciertos casos de Doble Nacionalidad, del cual citamos los siguientes artículos: Artículo 1.) Una persona que tenga dos o más nacionalidades que habitualmente reside en uno de los países cuya nacionalidad posee, y que, en realidad tiene más conexiones con dicho país, estará exento de obligaciones militares en el otro u otros países. Esta exención puede acarrear la pérdida de nacionalidad en el país o en los países restantes". Artículo 2.) "Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 1 del presente protocolo, si una persona tiene la nacionalidad de dos o más Estados, y, conforme a la ley de cualquiera de ellos, tiene el derecho, al llegar a la mayoría de edad, de renunciar o declinar la nacionalidad de dicho Estado, estará exento del servicio militar en aquel Estado durante su minoría de edad".

d.5.3.3. El Primer Congreso Hispano-Luso-Americano

El Congreso Hispano-Luso-Americano realizado en Madrid en 1951, aprobó las siguientes conclusiones sobre la Doble Nacionalidad: "El

Congreso, teniendo en cuenta que las naciones hispano-luso-americanas forman una comunidad bien caracterizada por el idéntico origen de sus tradiciones y cultura y por la coincidencia de sus intereses y aspiraciones, recomienda:

- 1º.) Que como modo de expresión tangible de la pertenencia a esa comunidad, cada uno de los Estados que la integran reconozcan a los nacionales de los otros una condición jurídica especial que tienda a una creciente equiparación con los suyos propios”.
- 2º.) Que para el logro de este propósito y sin perjuicio de las iniciativas que puedan surgir en la legislación interna de cada Estado, se adopte preferentemente la vía convencional.
- 3º.) Que el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, centralizando por los medios de información que estime convenientes, los proyectos, leyes o tratados existentes sobre esta materia en cada uno de los estados de la comunidad, prepare un proyecto de ley uniforme, el cual, una vez aprobado por el próximo Congreso, sería recomendado a los respectivos gobiernos como modelo susceptible de adoptarse en un Convenio plurilateral o bien en convenciones bilaterales.

1.2.5.5 RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ

1.2.5.5.1. Legislación nacional

En ausencia de una ley internacional sobre la materia, de acuerdos precisos en los Congresos celebrados y de Tratados, en torno al derecho a la nacionalidad, doble o múltiple, ha sido el órgano legislativo de Perú quien decidió regular los vacíos jurídicos presentes en las instituciones arriba mencionadas, promulgando una ley de nacionalidad, tomando en consideración los avances y resultados obtenidos en los Congresos nacionales sobre normas y procedimientos aplicables a ese derecho, y con este sustento refrendar los Tratados de nacionalidad, dándole así una aplicación legal.

La competencia en materia de nacionalidad le corresponde al legislador interno, esto respetando los principios de derecho internacional. Cada país determinará lo referente a adquisición, pérdida y recuperación de su nacionalidad. Esa libertad del legislador interno obedece a la soberanía del Estado, cualquier sujeto estatal internacional, debe respetar dicha soberanía.

1.2.5.5.2 Objeto

La ley tiene por objeto regular los vínculos jurídicos, políticos y sociales concernientes a la nacionalidad peruana, de acuerdo con los preceptos de la Constitución Política y los Tratados celebrados por el Estado y en vigor. Según este alcance, los vínculos consensuales expresados en la definición internacional de la nacionalidad no solo son jurídicos y políticos sino también sociales. La ley enuncia su acuerdo con los preceptos de su Constitución Política y los Tratados vigentes celebrados por el Estado. La Ley se organiza primero en cuanto a varias fases, que pueden ser permanentes o modificables: adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad. El Reglamento instrumenta su aplicación y procedimientos, en cada caso.

1.2.5.5.3 Fases

Existen dos formas de adquisición de la nacionalidad: la primera, cuando se disfruta de una sola nacionalidad, la segunda, si se tiene más de una.

1.2.5.5.3.1 Adquisición

1.2.5.5.3.1.1 Una sola nacionalidad

La ley recoge el principio internacional que toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Teóricamente no deben existir individuos sin

nacionalidad, los individuos deben pertenecer a un Estado. Sin embargo, se tiene el caso de los apátridas, los vagabundos, los desposeídos de nacionalidad por voluntad o por pena, los que han perdido la nacionalidad sin adquirir otra. Entre estos apátridas hay quienes jamás han poseído una nacionalidad, y los que la han tenido, pero la han perdido.

Frente a lo anterior se propone dos sistemas:

- Sistema curativo:

Directo, cuando el Estado atribuye de oficio su nacionalidad a los apátridas residentes en su territorio.

Indirecto, se les impone sólo el servicio militar en el país de residencia.

- Sistema preventivo: Cuando se le otorga al apátrida por cambio de nacionalidad, no se pierde la nacionalidad originaria, sin antes adquirir una nueva.

Puede adquirirse una sola nacionalidad por nacimiento, naturalización y por opción.

1.2.5.5.3.1.1.1 Por nacimiento

De acuerdo a la Constitución vigente y a la Ley de Nacionalidad, Ley N° 26574 del 11 de enero de 1996 y su Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997, tienen derecho a la nacionalidad peruana por nacimiento:

1. Las personas nacidas en el territorio de la República.
2. Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.
3. Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú. El derecho otorgado en el numeral 3 es reconocido sólo a los descendientes hasta la tercera generación. (Artículo 2o.- Ley No. 26574)

Para proceder a la inscripción en el Registro de Hijos de Peruanos Nacidos en el Extranjero de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, el padre o madre peruanos deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignan los datos generales del recurrente, solicitando la inscripción.
- b. Solicitud del padre o madre peruanos adjuntando:
 1. Partida de nacimiento (original) del menor legalizada por el Cónsul de la jurisdicción del lugar de nacimiento, y refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. De encontrarse asentada la partida en idioma extranjero, deberá ser traducida al idioma castellano por traductor oficial de dicho Ministerio.
 2. Partida de nacimiento (o de bautizo, si nacieron antes del 14 de noviembre de 1936).
 3. Copia de la Libreta Electoral del padre o madre peruanos que solicita la inscripción.
 4. Tarjeta de embarque/desembarque con la que acredita el ingreso del menor al territorio peruano. Si el menor ingresó pre-munido de salvoconducto peruano o agregado al pasaporte del padre o de la madre peruanos, deberá presentar copia de los mismos (del salvoconducto o del pasaporte); si n o lo tuviera solicitará el duplicado en la Dirección de Control Migratorio de la DIGEMIN, el que estará autenticado por el Fedatario de la DIGEMIN; caso contrario, presentará el certificado de movimiento migratorio expedido por la DIGEMIN.
 5. Dos (2) hojas de filiación, autenticadas por el Jefe correspondiente, si el trámite se inicia en las Jefaturas de Migraciones en el interior de la República o a través de los Consulados Peruanos en el exterior, consignando en ellas los datos del menor, nacionalidad de ambos padres y la firma del padre o madre peruanos.
 6. Cuatro (4) fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco.

7. Recibo de pago por Derecho de Inscripción por el monto ascendente al 1% de la UIT. (Artículo 5° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para la inscripción en el Registro de Hijos de Peruanos Nacidos en el Extranjero se ceñirá el siguiente procedimiento:

- a. Revisión de la documentación y formulación del informe correspondiente por la Subdirección de Registro por Parentesco.
- b. Presentación del menor para la toma de su impresión digital y datos de filiación.
- c. Firma del padre o de la madre peruanos, que solicitan la inscripción.
- d. Autorización y firma del Registro tanto por el Director de Naturalización refrendado por el Director General de Migraciones y Naturalización.
- e. Desglose y entrega del Registro al interesado previa firma del cargo correspondiente. (Artículo 6° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para acceder a la inscripción en el Registro de hijos de peruanos nacidos en el extranjero en la Dirección General de Migraciones y Naturalización los menores no deben haber sido inscritos anteriormente en las Oficinas Consulares del Perú. (Artículo 7° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.1.2 *Por naturalización*

Son peruanos por naturalización:

1. Las personas extranjeras que expresan su voluntad de serlo y que cumplen con los siguientes requisitos:
 - a) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos.
 - b) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial.

- c) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.
2. Las personas extranjeras residentes en el territorio de la República a las que, por servicios distinguidos a la Nación peruana, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República les confiere este honor mediante Resolución Legislativa. (Artículo 3o.- Ley No. 26574)

El Reglamento incluye una condición suplementaria: 1. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil. (Artículo 8° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el otorgamiento de la Nacionalidad Peruana por Naturalización, los ciudadanos extranjeros deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignarán los datos generales del interesado, solicitando la nacionalidad por naturalización (Formulario N° 02-DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita de puño y letra, dirigida al señor Presidente de la República, con indicación expresa de las razones por las cuales el recurrente desea adquirir la nacionalidad peruana.
- c. Partida de nacimiento (original) legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería.
- e. Certificado de Movimiento Migratorio expedido por la DIGEMIN que acredite tener dos años de residencia real en el Perú.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio y de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales, legalizados notarialmente.

- h. Certificado de trabajo con firma del empleador, legalizado notarialmente y visado por la autoridad administrativa de trabajo. En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Oficina Nacional de Registros Públicos, acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha Oficina, así como también, copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento, legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos, en caso de ser religioso deberá presentar una constancia del Arzobispado legalizado por la Curia Arzobispal.
- i) Cuatro fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco.

(Artículo 9° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el otorgamiento de la Nacionalidad peruana por Naturalización se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. Presentación de la solicitud acompañada de los documentos establecidos en el Art. 9° del presente Reglamento. En Lima en la Mesa de Partes de la Dirección General de Migraciones y Naturalización; y, en provincias en la Jefatura de Migraciones respectiva. El trámite es únicamente personal.
- b. El Subdirector de Naturalización, revisará la documentación y de encontrarse conforme citará al peticionario para el último viernes de cada mes, a fin de que sea examinado por la Comisión de Evaluación.
- c. La Comisión de Evaluación luego de examinar al interesado levantará el Acta conteniendo el Resultado cuya copia se insertará al expediente derivándose a la Subdirección de Naturalización para la formulación del Proyecto de Resolución Suprema respectivo. La Asesoría Legal de la DIGEMIN emitirá el Dictamen pertinente.

- d. Visado el Proyecto de la Resolución Suprema por el Subdirector de Naturalización y firmado por el Director de Naturalización y el Director General de Migraciones y Naturalización, será elevado al señor Ministro del Interior para su aprobación, previa opinión de la OGAJ-MIN, firma y posterior presentación al señor Presidente de la República para su consideración y rúbrica.
- e. Expedida la Resolución Suprema, la Dirección General de Migraciones y Naturalización procederá a la formulación del Título de Naturalización, citando al interesado para su firma en impresión digital en el libro y Título respectivo, así como, para que entregue el testimonio original de escritura pública en la que renuncia a su nacionalidad de origen, adjuntando el recibo de pago de Expedición del Título por el monto ascendente al 5% de la UIT.
- f. Firmado el Título lo presentará al señor Ministro para su firma y posfirma, devolviéndolo a la DIGEMIN, donde se citará al recurrente para su entrega en una Ceremonia Especial de juramentación de Obtención de la Nacionalidad Peruana, disponiéndose la cancelación del carné de extranjería y residencia, que debe estar al día en los pagos de impuestos como extranjero del nuevo (ciudadano) peruano. (Artículo 10° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.1.3. *Por opción*

Tienen derecho a la nacionalidad peruana por opción:

1. Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años y que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes peruanas, manifiestan su voluntad de serlo ante la autoridad competente.
2. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el territorio de la República por lo menos dos años, que exprese su voluntad de serlo ante la autoridad competente. El cónyuge naturalizado por matrimonio

no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.

3. Las personas nacidas en el territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos, que a partir de su mayoría de edad, manifiestan su voluntad de serlo ante autoridad competente. (Artículo 4o.- Ley No. 26574).

La naturalización o la opción confieren los derechos e impone las obligaciones inherentes a la nacionalidad (Artículo 5o.- Ley No. 26574) La naturalización es aprobada o cancelada, según corresponda, mediante Resolución Suprema. (Artículo 6o.- Ley No. 26574).

Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana:

- a. Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años de edad, que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes vigentes manifiesten su voluntad de ser peruanos ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER.
- b. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el Territorio de la República por lo menos dos (2) años, que expresa su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER.

La persona naturalizada por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.

- c. Los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero que al llegar a su mayoría de edad, manifiesten su voluntad de ser peruanos ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER. (Artículo 16° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997) .

Para adquirir la Nacionalidad Peruana ejerciendo el derecho de opción a que se refiere el inc. 1) del Art. 15° precedente, deberá cumplir con los requisitos:

- a. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil.

- b. Tener residencia real y legal en el Perú desde los cinco años de edad.
- c. Declaración expresa para adquirir la nacionalidad peruana. (Artículo 17° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para los efectos del otorgamiento de la Nacionalidad indicada debe cumplirse con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del interesado, solicitando la Nacionalidad Peruana (Formulario N° 002-DIGEMIN).
- b. Solicitud dirigida al señor Director General de Migraciones y Naturalización, con indicación expresa de las razones por las cuales el recurrente desea adquirir la Nacionalidad Peruana.
- c. Partida de Nacimiento legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación Consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando residir en el Perú desde los cinco años hasta alcanzar la mayoría de edad, legalizado notarialmente.
- e. Movimiento migratorio.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada del estado de salud, certificado de domicilio y de no registrar antecedentes penales, judiciales, ni policiales (legalizado notarialmente).
- h. Certificado de Trabajo con firma del empleador legalizado notarialmente. En caso de ser propietario o socio de una empresa, presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha entidad, así como también copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, acreditar copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número

de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos. En caso de ser estudiante, adjuntará la constancia de estudios debidamente acreditada por la autoridad correspondiente del Centro de Estudios.

- i. Cuatro fotografías de frente, a colores, con fondo blanco, tamaño pasaporte. (Artículo 18° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Cumplida la presentación de los documentos indicados anteriormente se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es únicamente personal. En Lima se inicia en la Mesa de Partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos indicados en el Artículo 17° del presente Reglamento; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada, deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Naturalización, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser procedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Hijos de Extranjeros que residen en el Perú desde los cinco años.
- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Hijos de Extranjeros que residen en el Perú desde los cinco años, por el Director de Naturalización como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará dicho registro al interesado, firmando el cargo correspondiente, disponiéndose se cancele la residencia como extranjero. (Artículo 19° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para adquirir la Nacionalidad Peruana por matrimonio ejerciendo el derecho de opción, en el caso de peruana extranjera unida en matrimonio con peruano con peruana y residente, esta condición, con permanencia en el territorio de la República por lo menos dos (2) años, que expresa su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER; es necesario que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Estar residiendo en el país un mínimo de dos años en condición de casado (a) con peruano(a).
- b. Declaración expresa de la voluntad de adquirir la nacionalidad peruana.
- c. Carecer de antecedentes penales, judiciales, tener buena conducta y solvencia moral.
- d. No tener enfermedades infecto contagiosas, y estar en pleno uso de sus facultades mentales. (Artículo 20° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para los efectos del otorgamiento de la Nacionalidad por Matrimonio; debe cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignan los datos generales del interesado solicitando la nacionalidad por ser casado con peruano o peruana (Formulario N° 002- DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita dirigida al Sr. Director General de Migraciones y Naturalización, si es de sexo femenino debe consignar los apellidos completos agregando el apellido del cónyuge.
- c. Partida de Matrimonio Civil legalizada y su respectiva copia, acreditando dos (2) años de matrimonio. Si el matrimonio fue celebrado en el extranjero presentará la partida y la constancia de haber sido inscrita en la oficina consular respectiva, legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si el matrimonio celebrado en el extranjero no fue inscrito en las oficinas consulares de la jurisdicción, dicho acto deberá ser inscrito dentro de los noventa (90) días de su llegada al país en los registros de la municipalidad del lugar donde ha fijado domici-

- lio, debiendo presentar la partida respectiva; vencido este plazo, deberá hacerlo por la vía judicial.
- d. Copia fotostática legalizada del Carné de Extranjería, acreditando los 2 años de residencia.
 - e. Partida de Nacimiento legalizada y su respectiva copia, del cónyuge peruano. En el caso que el cónyuge peruano (a) sea naturalizado (a), deberá presentar copia de carta de naturalización legalizada por el Director de Naturalización de la DIGEMIN.
 - f. Fotocopia legalizada de la Libreta Electoral del cónyuge peruano.
 - g. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio, de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales.
 - h. Cuatro fotografías, a colores, de frente, con fondo blanco, tamaño pasaporte.
 - i. Recibo de pago por Derecho de Inscripción por el monto ascendente al 1% de la UIT. (Artículo 21° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de los documentos indicados en el artículo anterior se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos; y, en provincias con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente, el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Registro por Parentesco, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser precedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Peruanos por Matrimonio.

- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Peruanos por Matrimonio tanto por el Director de Naturalización, como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará registro al interesado, firmando el cargo correspondiente (Artículo 22° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

El cónyuge naturalizado por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge. (Artículo 23° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Hijos de Padre o Madre Peruano nacido en el Extranjero para adquirir la nacionalidad peruana ejerciendo el derecho de opción, en el caso de que a partir de su mayoría de edad, manifiesten su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN- MININTER; es necesario que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil.
- b. Tener residencia real en el Perú.
- c. Declaración expresa para adquirir la nacionalidad peruana. (Artículo 24° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para otorgar la nacionalidad peruana, a los hijos de padre o madre peruanos nacidos en territorio extranjero, que a partir de la mayoría de edad manifiestan su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER, deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del interesado, solicitando la nacionalidad por opción (Formulario N° 02-DIGEMIN).
- b. Solicitud, dirigida al señor Director General de Migraciones y Naturalización, con indicación expresa de las razones por las cuales desea adquirir la nacionalidad peruana.

- c. Partida de Nacimiento (original) legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando tener domicilio legal y real en el Perú, legalizado notarialmente.
- e. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- f. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio y de carecer de antecedentes penales, policiales y judiciales, legalizado notarialmente.
- g. Certificado de trabajo con firma del empleador, legalizado notarialmente (y visado por la autoridad administrativa de trabajo). En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Oficina Nacional de Registros Públicos, acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha Oficina, así como también, copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento, legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos. En caso de ser estudiante adjuntar la constancia de estudios debidamente acreditada por la autoridad correspondiente.
- h. Cuatro fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco. (Artículo 25° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de los documentos a que se refiere el artículo precedente se ceñirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos indicados en el Artículo 24° del presente Reglamento; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.

- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada, deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Naturalización, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser procedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Hijos de Padre o Madre peruanos nacidos en el extranjero que a partir de su mayoría de edad manifiesten su voluntad de serlo.
- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero cumplida su mayoría de edad manifiesten su voluntad de serlo, por el Director de Naturalización como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará dicho registro al interesado, firmando el cargo correspondiente, disponiéndose se cancele la residencia como extranjero. (Artículo 26° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.2 Más de una nacionalidad

La ley solo contempla el caso de la doble nacionalidad, no el de la múltiple nacionalidad.

Doble Nacionalidad

Los peruanos de nacimiento que adoptan la nacionalidad de otro país, no pierden su nacionalidad, salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente. (Artículo 9o.- *Ley No. 26574*).

Las personas que gozan de doble nacionalidad, ejercitan los derechos y obligaciones de la nacionalidad del país donde domicilian. (Artículo 10o.- *Ley No. 26574*)

La doble nacionalidad no confiere a los extranjeros que se naturalicen, derechos privativos de los peruanos por nacimiento.

Los peruanos por nacimiento que gozan de doble nacionalidad, no pierden los derechos privativos que les concede la Constitución. (Artículo 11o.- *Ley No. 26574*).

1.2.5.5.3.2 Pérdida

La nacionalidad peruana se **pierde** por renuncia expresa ante autoridad competente. (Artículo 7o.- *Ley No. 26574*). Sin embargo, el Reglamento morigera este propósito para los peruanos menores de edad y los peruanos de nacimiento. De acuerdo a la ley de Nacionalidad, los padres, en uso de la patria potestad, no pueden renunciar a la nacionalidad de sus hijos menores de edad. Los peruanos de nacimiento que adopten la nacionalidad de otro país no pierden su nacionalidad, salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente. (Artículo 31° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

La nacionalidad peruana adquirida con arreglo el presente Reglamento se pierde por renuncia expresa ante la Dirección General de Migraciones y/o las Oficinas Consulares del Perú en el extranjero y por incurrir con las causales a que se refiere el Art. 12° del presente Reglamento. (Artículo 27° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Las personas que adopten la nacionalidad peruana pueden renunciar a ella, mientras residan en el territorio nacional ante la Dirección General de Migraciones y en caso de residir fuera del territorio nacional lo harán ante las Oficinas Consulares del Perú. (Artículo 11° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

La Naturalización será **cancelada** por las causales siguientes:

- a. Por delitos contra el Estado y la Defensa Nacional.
- b. Por delitos contra la Seguridad Pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas.
- c. Por delitos de terrorismo y traición a la Patria, previstos en los Decretos Leyes N°s. 25475, 25659 y sus modificatorias.

- d. Por cometer actos que pudieran afectar la Seguridad Nacional y el interés del Estado, previo informe de los organismos competentes.
- e. Por haber obtenido indebidamente la Naturalización, transgrediendo normas establecidas como requisitos para concederla.
- f. Por afectarlas relaciones internacionales del Perú con otros Estados u Organismos Internacionales.
- h. Por razones que afecten el interés público y el interés nacional. (Artículo 12° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

La cancelación de la Naturalización a que se contrae el artículo precedente, será tramitada de oficio o a petición de parte por la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior. (Artículo 13° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Toda persona extranjera que desee adquirir la Nacionalidad Peruana por Naturalización deberá presentar su renuncia a la Nacionalidad de Origen por instrumento público. (Artículo 14° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

El Presidente de la República está facultado a conceder, denegar o cancelar la naturalización sin expresión de causa, cuando así lo exija la seguridad nacional. (Artículo 15° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.3. Recuperación

Los peruanos por nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana, tienen el derecho de recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

1. Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.
2. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.

3. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.
4. Tener buena conducta y solvencia moral.

La autoridad competente evalúa, a solicitud expresa del interesado, el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales 1 y 3, a fin de facilitar el ejercicio de este derecho. (Artículo 8o.- *Ley No. 26574*).

Los peruanos por nacimiento que hayan renunciado expresamente a la nacionalidad peruana, tienen derecho a recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

- a. Acreditar domicilio en el Territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.
- b. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.
- c. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.
- d. Editar buena conducta y solvencia moral.

(Artículo 28° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el efecto de dicha recuperación de nacionalidad se presentan los siguientes documentos:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del solicitante y el pedido de recuperación de la nacionalidad peruana (Formulario N° 002-DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita de puño y letra dirigida al señor Ministro, con indicación expresa de las razones por las cuales desea recuperar la nacionalidad peruana.
- c. Título original de naturalización adquirido debidamente, legalizada por el Cónsul o por la representación consular del país donde se naturalizó y autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d. Partida de nacimiento de los padres o de bautismo si nacieron antes del 14. Nov. 36.

- e. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando tener como mínimo un año ininterrumpido de domicilio real y legal en el Perú, legalizado notarialmente.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada, del estado de salud, de domicilio y de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales.
- h. Certificado de trabajo con la firma del empleador legalizado notarialmente y contrato de trabajo visado por la autoridad administrativa de trabajo. En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el testimonio de constitución debidamente inscrito en la Oficina de Naturalización de Registros Públicos, acreditando ello con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha oficina, así como también copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de Impuestos.
- i) Cuatro fotografías a colores, de frente, con fondo blanco, tamaño pasaporte. (Artículo 29° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo anterior, se continuará con el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es únicamente personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.

- c. Si la petición le es favorable deberá efectuar ante el Banco de la Nación el pago por derecho a la recuperación de la Nacionalidad; así mismo acreditar que se encuentra al día en el pago de sus impuestos y entregar su carné de extranjería vigente.
- d. El Subdirector de Naturalización revisa el Expediente. De encontrarlo conforme, formula el Informe y el Proyecto de Resolución Ministerial correspondiente, todo lo cual es remitido a la Asesoría Legal para que emita su Dictamen.
- e. Visado y firmado el Proyecto de Resolución Ministerial por el Subdirector de Naturalización, y el Director General de Migraciones y Naturalización y se remitirá el expediente a la Oficina General de Asesoría Jurídica del MIN, para informe y visación, el cual una vez devuelto será presentado al señor Ministro del Interior para su consideración y firma.
- f. Expedida la Resolución Ministerial será devuelta a la DIGEMIN para que se disponga la formulación del título de recuperación de la nacionalidad, citándose posteriormente al interesado para la firma e impresión digital en el libro y título respectivos y extenderle el recibo de pago al Banco de la Nación por la Expedición del Título por el monto ascendente al 5% de la UIT; procediéndose a la firma del título por parte del Subdirector de Naturalización, Director de Naturalización y del Director General de Migraciones de Naturalización y Migraciones.
- g. Firmado el título se presentará al señor Ministro del Interior para su aprobación y firma devolviéndolo a la DIGEMIN donde se citará al recurrente para su entrega, disponiéndose se deje sin efecto la carta de extranjería así como la cancelación de residencia como extranjero. (Artículo 30° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

1.2.6 Actos de estado civil

Por oposición al estado político del ciudadano, constituido por la nacionalidad, y por el goce o no de sus derechos, los actos de estado civil comprenden tanto:

el **a. servicio público** que tiene a su cargo estas funciones,

los **b. propios actos** como

los **c. procesos** que de ellos se derivan. Estos actos tienen por objeto contribuir **a regular y asegurar** la identidad e individualización de las personas físicas.

1.2.6.1 EN SERVICIO PÚBLICO DE ESTADO CIVIL

El derecho administrativo es un derecho original, a doble título. Es en primer lugar, un derecho pretoriano; aunque hoy, las fuentes escritas de este derecho, y, en particular, legislativas, son cada vez más importantes. Segundo, es un derecho autónomo, que ha ido afirmándose cada vez más contra el derecho privado. Hoy esta autonomía es relativa.

El derecho administrativo se organiza, así, sobre la base de dos principios rectores: primero, **el principio de juridicidad**, segundo, **el principio de misión de la administración**.

1.2.6.1.1 Principio de juridicidad

En el **principio de juridicidad** se encuentran presentes dos elementos. El principio relativo a las *fuentes de la juridicidad* propone un primer aspecto. Estas se encuentran formadas por fuentes de rango constitucional, que incluyen no solo la Constitución sino también otras normas de naturaleza constitucional, como Tratados internacionales, los mismos que plantean numerosos problemas jurídicos, y por las normas interregionales vinculantes en un espacio geográfico o funcional dado. Además de las leyes, las fuentes también incluyen la jurisprudencia administrativa.

El principio de juridicidad, consagra un segundo aspecto referido a las *atenuaciones*, de una parte, por una categoría particular de actos llamados *actos de Gobierno* y de otra, por la *teoría de las circunstancias excepcionales*. Ambas permiten de moderar la aplicación de éste principio.

1.2.6.1.2 Principio de misión de la administración

El segundo principio rector del derecho administrativo, se refiere a las **misiones de la administración**.

Primero, define el concepto de servicio público y particularmente los *servicios públicos de estado civil*, que ocupan un lugar central en derecho administrativo. La finalidad es presentar las normas fundamentales de derecho específico aplicables a las autoridades administrativas.

Segundo, analiza los principios de la oferta de la administración al derecho, particularmente, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, del principio de legalidad o del principio de responsabilidad.

Finalmente, estudia la acción administrativa a través de los actos de la administración (actos unilaterales y contratos) y las actividades de la administración (servicio público y policía administrativa)

Entre las actividades de la administración, el servicio público es una actividad considerada de *interés general*. Este concepto recurre a una valoración que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente; ella no permite dar una definición perfecta ni objetiva del servicio público. Definir el interés general significaría teóricamente, la propuesta o la adhesión de la Nación a un determinado proyecto social, a una estrategia de desarrollo, ejecutado por un gobierno y en un contexto determinado. Realmente, servicio público, significa lo que el poder público define políticamente como tal, con el objeto de aplicarle normas específicas, o de integrarlo directamente en el sector público

Las actividades de un servicio público se someten, en algunos puntos, a un régimen jurídico específico. Lo que supone distinguir entre servicio público y sector público, definiendo las funciones y competencias de una colectividad pública (Gobierno Central, Región, Departamento, Mu-

nicipio) y elegir entre asumir directamente un servicio público o delegar su gestión a un organismo específico del sector público o a un organismo dependiente del derecho privado.

Los registros civiles, por ejemplo, se organizaron, primero, como un servicio público, que ampliaban y asumían la función y competencia eclesiástica local por una laica y administrativa, convirtiendo poco a poco algunos de sus actos religiosos en actos civiles, destinados a producir efectos de derecho civil, incluyendo a los Juzgados civiles, quienes participan en sus juzgamientos. Los municipios, representantes administrativos y locales del Poder Ejecutivo, han sido generalmente los depositarios de estas funciones y competencias, como de la emisión de las partidas civiles.

1.2.6.2 LOS PROPIOS ACTOS DE ESTADO CIVIL

Los propios actos de estado civil sirven a registrar la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo.

En derecho civil, los actos o los documentos en los cuales se consignan estos son las partidas de estado civil en sentido amplio. En ellas se consignan la existencia o no de la persona física, su presencia física o no. En sentido estricto interesa la persona física como su situación familiar, tal como resulta de la filiación y del matrimonio.

Las partidas de estado civil son los documentos escritos, mediante los cuales la autoridad pública, constata auténticamente los principales acontecimientos del estado de las personas: nacimientos, matrimonios, defunciones. El establecimiento de los registros civiles consagra la transferencia de la función eclesiástica, antes detentada por la iglesia, *latu sensu*, vinculada al cumplimiento de ceremonias religiosas.

Los actos de estado civil representan las acciones practicadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, caracterizadas jurídicamente por: *el formalismo, el valor probatorio y la publicidad*. Los actos de estado civil presentan una característica original, si se les compara por ejemplo a los actos notariales, es que toman en cuenta no solamente los intereses privados, sino también el interés público.

1.2.6.2.1 *Formalismo*

Son actos solemnes, es decir, requieren de una forma particular para su existencia, *ad solemnitatem*. No obstante, el derecho no profundizó en esta materia como si lo hizo en otros ámbitos, cuanto a esta exigencia formal, por el riesgo de privar a ciertos individuos de toda prueba de su estado, lo que habría tenido una consecuencia más grave, no solamente para los propios interesados, sino también para la sociedad.

Esta es la razón por la que, aún cuando la existencia de los actos de estado civil pareciera rigurosamente vinculada a *determinadas formas*, la inobservancia de las mismas es raramente sancionada de *nulidad*, pudiéndose plantear la *reconstitución de los actos* si faltaran las formas pre constituidas. Son una especie de actos de formalismo reducido.

1.2.6.2.2 *Valor probatorio*

El funcionario de estado civil es un funcionario público. Posee las mismas características: los actos que redacta son *escrituras públicas*, provistas de un valor probatorio especial que no puede ser enervados sino por decisión de instrumento falso. Ese es el principio, el mismo que no reconoce diferencia entre los registros, ni incluso entre los actos según hayan sido recibidos y entregados por el propio funcionario o por agentes delegados, los mismos que operan bajo su vigilancia y bajo su responsabilidad.

Sin embargo, ciertas distinciones son necesarias para atenuar el alcance de la afirmación precedente. Es necesario separar las declaraciones relativas a la filiación cuyo valor probatorio, en las partidas de nacimiento, se someten a normas particulares. Luego, se distinguirá, de acuerdo con una teoría válida para todas las escrituras públicas, entre las declaraciones en las cuales el funcionario público hace constatar hechos verificados por él mismo, de sus propios ojos, por sus propios sentidos, *propriis sensibus*, en el ejercicio de sus atribuciones de aquellos otros en los cuales sólo reproduce las declaraciones hechas por las partes, los declarantes o los testigos. Sólo las declaraciones de la primera categoría, las constata-

das por él mismo, dan fe hasta que ellas sean sancionadas de falsas; las otras sólo dan fe hasta prueba en contrario.

En consecuencia, dan ciertamente fe hasta prueba de declaración en contrario de falsas: la mención de la fecha del acto, la mención de la identidad y la calidad del funcionario de estado civil, la mención que determinadas personas, indicando tener tal o cual nombre, tal o cual domicilio, etc., se presentaron ante ese funcionario y le hicieron las declaraciones que figuran a continuación. Pero está claro que esta última mención, no implica ninguna afirmación del funcionario público cuanto al contenido de las declaraciones: la identidad de los interesados (partes, declarantes, testigos) sólo se constata, certifica hasta prueba en contrario. *A fortiori*, sucede lo mismo con la veracidad de los hechos reportados por ellos. ¿Si se produjo un parto? ¿En el día y a la hora indicados? ¿El niño fue del sexo mencionado? Ningunos de estos aspectos tiene en una partida de nacimiento el valor probatorio auténtico, ya que no es misión del alcalde o del funcionario de estado civil de comprobarlos. Los formularios de los cuales se inspiran los municipios tienden a reducir al mínimo las comprobaciones que el funcionario del estado civil toma a su cargo, apenas circunscrito al marco del acto (fecha, lugar, autoridad) de los cuales él asume la responsabilidad; en cuanto al contenido, se limita a recoger estas o aquellas declaraciones de los comparecientes.

Allí, el principio de autenticidad pierde eficacia. Y también, de acuerdo con ésta pérdida general de responsabilidades, se opera una evolución en la concepción del estado civil, representa cada vez más una ventanilla de trámite que una magistratura. Queda, sin embargo, a cargo de los interesados asumir la comisión delitos penales contra la fe pública, si sus declaraciones alteraran la verdad sobre los hechos que los actos tienen por objeto constatar.

El valor probatorio que concierne a los registros de estado civil se extiende también a las *copias* regularmente hechas por los depositarios de los registros civiles municipales. En consecuencia las copias certificadas conformes darán fe ellas mismas, si han sido entregadas por el mismo funcionario de estado civil o por los agentes delegados. Copia puede ser definida como el término genérico, pero podemos distinguir:

- 1° las copias *strictu sensu* o *expediciones*, que reproducen íntegramente los registros;
- 2° los *extractos*, que son copias reducidas (para las partidas de nacimiento y matrimonio solamente). Expediciones y extractos tienen un igual valor probatorio: la de los propios registros.

1.2.6.2.3 *Publicidad*

Los actos de estado civil no son sólo medios de prueba, sino instrumentos de publicidad sobre el estado de las personas. Existe el interés público para que el estado civil de la persona no sea un secreto, y que determinados terceros, tengan legítimo interés en conocer, además, de sus relaciones personales o empresariales (Ej. Conocer la capacidad de un co-contratante depende de la fecha de su nacimiento, o de su situación familiar). La diferencia es muy marcada con los actos notariales que constatan acuerdos, contratos privados, normalmente sin consecuencias fuera de las partes. Los actos notariales privados, en principio, no deben comunicarse a terceros, mientras que el principio de publicidad se aplica a los actos de estado civil.

Es necesario comprender que este principio no implica, para las personas ajenas al servicio, el derecho de examinar los registros. La publicidad se realiza siempre por entrega de copias íntegras o simples extractos. A este respecto, es necesario distinguir según los actos y según los requirentes.

1.2.6.3 **LOS PROCESOS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL**

Los registros del estado civil no dan siempre una imagen fiel del estado de las personas. Para mantener una correlación entre la realidad y su comprobación oficial, es necesario rectificar ciertos actos que se establecieron, o incluso establecer otros que no lo han sido. Pero, ya se trate *de rectificar* los registros o *de suplir*, estos no se realizan tan simplemente como si se tratara de celebrar un acto al mismo momento en que este acontece, y que el funcionario del estado civil esté obligado, por la sola

petición de los interesados a registrar sus declaraciones rectificativas o supletorias. La situación no es ya la misma: el servicio de estado civil ha actuado; esta circunstancia promueve nuevas presunciones contra el nuevo acto que se pretende insertar en los registros civiles. Al menos, es necesario un control sobre la sinceridad de lo que se pide, ya que en el intervalo de tiempo que lo separa del hecho registrado debe constatarse su justificación, la misma que puede facilitar una maniobra fraudulenta. Este control se confía, en principio, al Juzgado Civil. Existen así *juicios rectificativos* y *juicios supletorios* de los actos de estado civil.

1.2.6.3.1 *Procesos rectificativos*

Estos juicios son regulados por el Código Civil, los cuales pueden producir dos clases de *casos*. Primero, de corrección de una irregularidad surgida **al momento** de la redacción del acto: declaración incompleta, superabundante, o inexacta; sin que sea necesario distinguir entre errores voluntarios o involuntarios. Segundo, se trata a veces de armonizar el acto con nuevos hechos, la inexactitud a rectificarse no se ha manifestado sino **posteriormente** a la redacción (Ej. Autorización de cambio de nombre).

La dificultad mayor consiste en determinar si la acción incoada no tiende en realidad a rectificar el *acto* del estado civil, si ella no ataca al *estado* constatado por el acto, y, en particular, por ejemplo, de una partida de nacimiento de filiación que el acto atribuía al niño. Es que la vía de la acción de rectificación de los actos de estado civil es más fácil - tanto por las condiciones de admisibilidad cuanto por el procedimiento - si la comparamos a las acciones sobre el *estado* constatado del acto. De ahí la tentación, por los interesados, de disimular una verdadera acción en reclamación o conflicto del *estado* bajo el trivial supuesto de una acción en rectificación de la partida de nacimiento. Ello no es admisible, pero, para impedirlo, es necesario poder distinguir dos especies de acciones.

Es cierto que un niño extramatrimonial natural no puede, vía rectificación, pretender añadir a su partida de nacimiento el nombre de su supuesta madre o padre; necesita, en primer lugar, ejercer una acción de

búsqueda o reconocimiento de maternidad o paternidad, o hacer constatar la posesión del *estado* del cual se prevalece. Pero otras posibilidades son más sutiles. La idea general es que la vía de la rectificación debe reservarse a las hipótesis en la cual es necesario hacer coincidir el acto material con lo que se considera la verdad jurídica, si bien se suprime una mención que era jurídicamente ineficaz (Ej. En la partida de nacimiento de un niño natural, la mención de un padre que no lo reconoció), o que se inserte una mención que no hace sino traducir un *estado* determinado según la ley (Ej. En la partida de nacimiento de un niño, la mención que la madre no es soltera, sino casada, si se aporta la prueba del matrimonio, observándose que la mención así insertada no podría bastar para establecer la paternidad del marido).

1.2.6.3.2 *Procesos supletorios*

Es posible suponer que no hay actos de estado civil regularmente establecidos originalmente, o que no subsisten ya, lo que puede plantear varias clases de hipótesis.

- a) Es la hipótesis cuando falta la declaración de estado civil como consecuencia de un caso de fuerza mayor. El juicio que demuestra el hecho alegado se transcribirá en los registros.
- b) Una segunda hipótesis es aquella cuando los hechos que deben constatar no han sido puestos a conocimiento del funcionario del estado civil, a su debido tiempo, en particular, si no se declaró un nacimiento en los sesenta días de producido éste.

La omisión no puede ya ser reparada por una declaración tardía: es necesario un proceso. Este juicio declaratorio, que tiene valor de acto del estado civil tendrá autoridad *erga omnes*.

- c) Puede darse el caso aún de una tercera hipótesis: que el acto del estado civil no haya podido redactarse en el momento por falta o ausencia de algunas condiciones, legalmente requeridas para establecer ésta. Esta hipótesis se refiere, en la práctica, a las defunciones, siempre que no haya sido posible de encontrar el cadáver. En efecto, la partida de defunción, no puede redactarse

mientras que el funcionario de estado civil - o un médico - verifique el deceso. Aún aquí, será necesario un juicio declaratorio de muerte, con sentencia firme, después del procedimiento que tiene por objeto hacer aparecer la certeza del acontecimiento. El juicio declaratorio de muerte, que participa de la naturaleza de los actos de estado civil, será oponible frente a terceros.

- d) Finalmente, el juicio de adopción plena, una vez transcrito, celebra “ficticiamente”, la inscripción de una partida de nacimiento.

1.3 Derechos de la personalidad, libertades e igualdades

La doctrina guarda clásicamente bajo esta expresión, o su equivalente *derechos fundamentales o primordiales*, ciertas prerrogativas de la persona suficientemente precisas en su objeto.

Ellas son sensibles de constituirse en *derechos de la personalidad* o derechos subjetivos (1.3.1.).

Las libertades son definidas como posibilidades de actuación de las personas, *libertades individuales*, las mismas que no tienen objeto de convertirse en derechos subjetivos, son sobre todo derechos “virtuales”, posibles (1.3.2).

La igualdad, y la *igualdad civil* en particular, existen como consecuencia del principio de libertad (1.3.3).

1.3.1 Derecho de la personalidad

En párrafos anteriores hemos evocado algunos derechos subjetivos, como *el derecho a la vida y a la integridad física*, a los cuales nos hemos referido en relación al cuerpo humano, o *el derecho al nombre*.

Existen otros derechos aún más recientes que podríamos asociarlos como derechos de la personalidad, como el

- a. *derecho a la imagen de la persona o el derecho sobre la imagen;*
- b. *el derecho al honor* o aun

c. el *derecho a la intimidad*.

Sobre estos conviene hacer algunas puntualizaciones relativas a las nociones de identificación y de identidad.

1.3.1.1 **DERECHO A LA IMAGEN**

Para Rubio Correa el derecho a la imagen: “Es el que tiene la persona para usar su propio cuerpo, sus imágenes y sus reproducciones y la prohibición de que se utilicen sin su consentimiento”. Para García Toma, citado por Rubio Correa, el derecho a la imagen consiste: “En la facultad que tiene cada persona para autorizar o prohibir que su figura sea reproducida con fines lucrativos o sin ellos... La imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de su posterior representación”.

Sin embargo, si bien es comprensible y respetable la opinión de tan connotados juristas, a nuestro criterio, el derecho a la imagen puede ser estructurado específicamente, bajo un doble aspecto: a.1. El derecho a la imagen de la persona, como a.2. El derecho sobre la imagen.

Actualmente, no cabe duda alguna sobre si la imagen puede ser objeto de protección, y si este puede concebirse, particularmente, vía el derecho de autor. Aun cuando subsistan algunas interrogantes sobre quién es el titular de este derecho, bajo qué régimen legal se regula y según qué tipo de obra. Podemos concluir, en principio, que el titular *sobre* la imagen captada es el fotógrafo, el camarógrafo, el periodista, el informático quien detenta la titularidad.

La duda es anterior a la toma de la imagen. Ella porta sobre dos derechos, aparentemente contradictorios: el derecho de las personas a su imagen, y el derecho del público a la información. En virtud del primero, derecho *a* la imagen, ha sido reconocido legislativa como jurisprudencialmente que toda persona tiene sobre su imagen, y sobre el uso que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible contra terceros para su difusión (comunicación al público o reproducción), basado en el derecho al respeto de su intimidad o privacidad.

A fortiori, la persona amenazada o vulnerada en su derecho, puede prohibir que su imagen sea publicada en la prensa o expuesta a la vista del público. No es necesario para ello que terceros hayan actuado con mala intención. Aún cuando, se alegue un móvil legítimo (motivos de índole informativo, científico, didáctico o cultural y aún si estos se relacionan con hechos o ceremonias de interés general celebradas en público), o que en otros casos no se justificaría. (Ej. El periodista cuyo objetivo es informar a la opinión; el artista que practica su arte). El titular del derecho a su imagen podrá obtener por la lesión causada, reparación por daños y perjuicios y adicionalmente pedir al juez, que en el futuro, cese toda publicidad causada a su imagen y, si fuere necesario, ordenar la destrucción de los negativos, copias.

Si nos ubicamos desde la perspectiva del **segundo**, por el derecho a la información, toda persona tiene la facultad de ser informado como a informar; acorde, obviamente, a las normas regulatorias de la profesión y deontológicas, y a las normas que rigen el derecho de la persona.

En el 1. Derecho a la imagen de la persona, se plantean dos aspectos:

de un lado: autorizar o impedir la reproducción y difusión de su imagen, incluyendo la voz;

de otro lado, autorizar o impedir la reproducción y difusión de la imagen de los bienes que éste posea, tomada sin o con su consentimiento por terceros.

En el 2. Derecho sobre la imagen, se plantean dos aspectos, primero, el derecho de terceros, a informar, difundir o publicar la imagen de una persona, y/o de su voz, mediante cualquier soporte o medio, onerosa o gratuitamente; segundo, el derecho a reivindicar la propiedad intelectual sobre ésta.

1.3.1.1.1 Derecho a la imagen

1.3.1.1.1.1 Derecho a la imagen de la persona

Se plantean dos aspectos en el derecho a la persona:

1. A la imagen de la persona física, y el relativo
2. A la imagen de los bienes de la persona.

1.3.1.1.1.1.1 Concepción

El derecho a la imagen es una construcción esencialmente pretoriana, surgida de la preocupación de las personas públicas de luchar contra ciertas prácticas de la información, la comunicación, la prensa en general, al acecho de la imagen, como del aporte del derecho penal, por los daños causados contra estas personas.

El principio puede ser expresado de la siguiente manera: “Toda persona tiene, sobre su imagen y sobre la utilización que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible a su difusión sin su autorización”

Este derecho es extensible a la imagen sobre su patrimonio; podemos incluirlo entre los derechos de la personalidad.

1.3.1.1.1.1.2 Respeto sobre la reproducción y difusión

Toda reproducción y difusión de la imagen de una persona o de su patrimonio, supone, en principio, consentimiento por parte del interesado o de su representante legal, si está **vivo**; o si ha **muerto**, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden; inclusive, mediante la intervención del poder público.

Y es precisamente en la autorización que estriba el obstáculo para la aplicación de éste derecho a la imagen: en el alcance que ésta tiene para el propio interesado como en la habilitación a terceros para concederla, tratándose particularmente de la imagen de menores o incapaces mayores.

1.3.1.1.1.2. Derecho a la imagen de los bienes de la persona

No se trata estrictamente de un derecho a la imagen, sino de una extensión del derecho de propiedad, en particular, el derecho de uso, de goce y de transferencia (*usus, fructus, abusus*). El supuesto se basa en que el derecho de propiedad de la persona se extiende a la imagen de los bienes de ésta.

En el caso de figura, cuando un bien mueble o inmueble perfectamente identificable es objeto principal de una imagen, y que el fin de esta imagen es ser explotada comercialmente, mediante su reproducción y difusión; pero también puede ser aplicable a la imagen de un animal de compañía.

Su fijación sobre cualquier soporte, en la expectativa de venta - o indirectamente, como apoyo a una campaña publicitaria de un producto o de un servicio - permite al propietario de esos bienes, y por extensión a la imagen sobre ellas, de ejercer el derecho positivo a la imagen, de explotarla; como negativamente, de oponerse a su explotación no autorizada, aun cuando la jurisprudencia ha supeditado el reconocimiento de una amenaza al derecho a la imagen del bien "...si esta presentara una perturbación anormal para el propietario".

1.3.1.1.1.2.1 Explotación sin autorización

1.3.1.1.1.2.1.1 Ausencia de turbación o perturbación anormal

Según la jurisprudencia europea, los propietarios de un bien no tienen derecho exclusivo sobre la imagen de ésta. Pueden, no obstante, oponerse a la utilización de la imagen sobre sus bienes por un tercero cuando le ocasiona una turbación o perturbación anormal. Es el caso de la elaboración de prospectos publicitarios destinados a la comercialización de bienes inmuebles en los cuales se incluyen imágenes - además de la información relativa a la implantación de la futura residencia y sus ventajas - reproduciendo bienes públicos o privados, cercanos a la obra, con el fin de

revelar el medio favorable de la futura residencia, sin que la reproducción se haya realizado sin autorización del propietario. Habría que juzgar si la reproducción del bien inmueble sin el consentimiento de su propietario prefigura la existencia de una turbación o perturbación anormal.

Ello tampoco indica diferencias de tratamiento entre los distintos usos posibles de la imagen de un bien: uso publicitario o comercial y uso con finalidad artística o informativa, aunque aparentemente no debieran ser sometidos al mismo régimen.

1.3.1.1.1.2.1.2 Utilización publicitaria de la imagen

En el caso de la utilización de la imagen de un bien privado con fines comerciales que afecta el derecho de goce de los propietarios de este bien, implica - para estos últimos- un perjuicio evidente, si estos no han manifestado su aprobación para que sea fotografiado y sirva de base a un anuncio publicitario.

1.3.1.1.1.2.1.3 Reproducción de imagen accesoria

Si generalmente, el derecho de propiedad autoriza a oponerse a que un tercero utilice la imagen de un bien con fines comerciales, ciertas imágenes constituyen solamente elementos accesorios de la representación principal, siempre y cuando la configuración de la imagen, no porte ninguna confusión posible. En este caso no se afecta los derechos de los propietarios.

1.3.1.1.1.2.2 Explotación con autorización

En estos casos se plantea la utilización de la imagen de un bien privado o público con fines comerciales o no. Si se trata de la comercialización de la imagen antes habría de preguntarse si esta tiene vocación de circular, de ser intercambiada y si el derecho autoriza su comercialización.

Si la imagen es el reflejo, y en consecuencia accesorio de la persona, jurídicamente ella se emancipa de ésta. Sin embargo, no es ese el caso,

el accesorio no sigue al principal. De otro lado, el derecho a la imagen ha sido clasificado entre los derechos vinculados a la personalidad pero esta clasificación es atípica, porque, según algunos autores, los derechos de la personalidad: “son sobre todo extra patrimoniales, concebidos como derechos puros, intactos de toda alianza con el dinero que los envilece”.

Respecto a la imagen, podríamos decir que se trata de derechos de la personalidad particulares, que tienen una dimensión patrimonial? La imagen es tratada como un bien pero se encuentra ligada de tal manera a la persona que el derecho rehúsa de admitir que pueda existir un derecho de propiedad sobre la imagen. Sin embargo, nos parece admisible de reconocer a cada cual un derecho de propiedad sobre su imagen. Quizás este es el mayor desafío que no presenta la evolución del hombre, la sociedad y el derecho. Es interesante constatar, no obstante, que este derecho tiene enormes similitudes con el derecho de autor. Tratándose de la imagen de la apariencia física, podríamos hablar entonces de obra original y personal? O puede ser percibida como un bien incorporeal, si admitimos la idea de un derecho de propiedad sobre el cuerpo - como emanación de éste - susceptible de ser separada de su elemento material y difundir la imagen de la apariencia física, como un bien cuyo propietario es la persona?

De allí la exigencia en la explotación por el propietario de la imagen o con su autorización, de un doble consentimiento del titular cuanto a la captación de su imagen y cuanto a su utilización.

1.3.1.1.2 Derecho sobre la imagen

El alcance del derechosobre la imagen, está marcada por dos rasgos: de excepción, por el derecho a la información, y de propiedad intelectual otorgado por el derecho de autor.

1.3.1.1.2.1. Excepción por el derecho de información

Sobreviene cuando:

§. La imagen ilustra o cuestiona un tema de actualidad, o

§§. Un tema histórico-político.

§§§. Cuando la reproducción de la imagen de la persona es accesoria a la imagen central, o

§§§§. También cuando la persona no es identificable en la imagen en cuestión.

1.3.1.1.2.1.1. Ilustración de un tema de actualidad

El reconocimiento del derecho a la imagen acentuó la tentación, de todo individuo, personaje conocido o anónimo, de recurrir a la comercialización de su imagen. El objeto del derecho a la información intenta corregir este descontrol, permitiendo de atenuar el absolutismo de este derecho. Los órganos jurisdiccionales europeos operaron, después del año 2000, un cambio notable, bajo las considerandos del Convenio europeo de los derechos humanos, y en el artículo 10, mediante una excepción al derecho a la imagen, basada en las exigencias de la información del público y de manera más concreta por la necesidad de dar cuenta (a.1) de un tema de actualidad, (a.2) bajo reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

1.3.1.1.2.1.1.1 Condición de actualidad

El derecho a la imagen no puede obstaculizar la difusión de la imagen de una persona fotografiada, célebre o desconocida, vinculada a un acontecimiento o a un asunto judicial, como autor, víctima o testigo necesario para los requerimientos de información. De esta manera, se origina el principio que la libertad de comunicación, de información autorizan: la publicación y difusión de imágenes de las personas vinculadas a un acontecimiento, bajo la sola reserva del respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, tres observaciones deben ser formuladas respecto a este principio de libertad de ilustración por la imagen a un tema de actualidad:

a.- La adecuación entre la imagen y el artículo,

b.- Los términos de la difusión,

c.- La importancia del acontecimiento.

No obstante, la doctrina se permite una reserva:

1.3.1.1.2.1.1.2. Reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

Toda imagen que responda a la condición de actualidad no será necesariamente legal si:

- i) Afecta la dignidad de la persona o si el
- ii) Espíritu de la imagen es poco respetuoso de esta persona. Ambas circunstancias particulares pesarán en la
- iii) Evaluación del prejuicio sufrido por la persona.

1.3.1.1.2.1.2 Ilustración de un tema histórico político

Si en la hipótesis anteriormente evocada, la imagen de una persona no es difundible cuando ella no ha sido autorizada ni ilustra un acontecimiento de actualidad, es que ésta lo es cuando se inscribe en la perspectiva de ilustración de acontecimientos históricos?

La respuesta es sí, ...en principio. Así lo confirma también la jurisprudencia europea sobre la cuestión, en razón del tiempo transcurrido y del cambio de las circunstancias que rodearon la toma de esas imágenes y la actualidad, y que pueden publicarse sin su consentimiento. Su divulgación, aún repetida, es lícita y no requiere consentimiento del interesado, en tanto la reproducción intervenga *siempre* en el marco de los acontecimientos a los cuales se reporta la imagen, con el único fin de *ilustrar la memoria de aquellos acontecimientos que pertenecen a la historia*.

Doctrinariamente, la información histórica y también la información política se mencionan explícitamente como excepciones al derecho a la imagen. En estos casos la imagen de la persona no debe ser desvalorizante, humillante ni ridícula, y que incluso el pesado simbolismo que

podiera representar no es susceptible, en un tal contexto de difusión, de causar ningún perjuicio.

1.3.1.1.2.1.3 Individuo “accesorio” de la imagen central

La teoría de la imagen accesoria permite de sobrepasar el derecho a la imagen, cuando la toma no se centra sobre la persona sino sobre un acontecimiento de actualidad. Los juzgamientos sobre la materia no son aún estables, más bien son contradictorios. Sin embargo, la idea de base sigue siendo la amenaza o el ataque a la vida íntima/privada de la presunta víctima y la falta de autorización de los interesados.

1.3.1.1.2.1.4 Individuo no identificable

En este caso de figura, tanto la doctrina como las decisiones jurisprudenciales descartan la aplicación del derecho a la imagen, cuando la persona no es identificable. Por eso, *a contrario*, algunos magistrados precisan, en particular, con respecto a personas fotografiadas en una manifestación pública, que el derecho a la imagen opera para la difusión de la imagen “de un individuo fácilmente identificable”.

Este carácter no identificable es a veces el corolario del carácter accesorio de la persona sobre la toma. Pero puede resultar de la toma, de tres cuartos, por ejemplo, o de las técnicas de opacidad de los rostros. Los magistrados consideran, en efecto, que la violación del derecho a la imagen supone que un lector normalmente atento pueda distinguir las características de la persona representada para poder reconocerla. En este caso concreto, incluso después de un examen minucioso de las tomas y después de una comparación con las fotografías proporcionadas por la víctima, será o no posible de reconocer e identificar a ésta, su silueta o la indumentaria llevada por el personaje en cuestión.

Finalmente, ningún órgano de prensa puede alegar un carácter no identificable de la persona, sobre todo en el caso de niños, cuando en la descripción o artículo que acompaña a las tomas se mencionan a sus

padres y se evocan sus nombres y sus edades. Este mismo caso de figura puede ser aplicable para las personas bajo tutela o curatela.

1.3.1.1.2.2 Propiedad intelectual

En el segundo caso, la extensión de los derechos de propiedad sobre la imagen es también contemporánea de la aplicación del artículo 10 del CEDH con un uso más sistemático por los Tribunales nacionales, en relación a la libertad de expresión. Ella beneficia de la propiedad intelectual que le otorga el derecho de autor. La imagen no es ni más ni menos que un modo de expresión, en este aspecto, sin duda, supera el simple marco de la ley de prensa.

La fotografía de una obra puede ser protegida por los derechos de propiedad intelectual, o la misma fotografía, protegida en tanto que obra. Cabe en este caso, exigir una doble autorización de la obra, tema de la imagen y la del fotógrafo. En el caso de una obra colectiva, será necesario el acuerdo de todos los autores, bajo reserva del carácter original de la obra. Sobre este último criterio y para mayor seguridad, debe darse por sentado que una obra es, en tanto que tal, original ya se trate de fotografía o de la obra tema de la foto.

La protección de los derechos de autor patrimoniales de un autor individual se realiza durante toda la vida de éste y 70 años después de su muerte por sus causahabientes. Después de este plazo, la obra cae en el dominio público, subsistiendo solo el derecho moral inalienable. La solución es la misma para los edificios públicos, u otras del espíritu físicas. Los derechos patrimoniales de los arquitectos pueden haber sido cedidos contra remuneración, en cuyo caso convendrá tornarse hacia los propietarios o el Estado para obtener la autorización de la imagen, no obstante, quedan vigentes el respeto de los derechos morales del arquitecto.

Concerniente a los bienes privados como públicos sobre los cuales existe un derecho de propiedad intelectual, puede haber un conflicto entre los titulares del derecho. Entre el titular del derecho de autor y el derecho del propietario, por ejemplo. La cuestión podría resolverse de la

siguiente manera: dado que el objeto principal de la imagen es el bien, la protección juega a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual, el derecho moral frente, debe sin embargo, ser ejercido en el respeto de los derechos del propietario e inversamente. Una vez que la obra ha caído en el dominio público, ella puede, no obstante, puede ser sometida aun a los derechos de autor, además del ejercicio y la observancia de los derechos morales. Un ejemplo es la Torre Eiffel, que puede ser libremente fotografiada y filmada en el día pero por la noche, cuando se ilumina, deviene una nueva obra.

Tratándose de imágenes sometidas a un derecho de propiedad intelectual, bajo las reservas legales de que sus obras pueden ser calificadas de originales en el sentido de la jurisprudencia y que el período de protección no haya expirado de conformidad con el Decreto Legislativo 822, una corriente doctrinal y jurisprudencial invita al derecho a adaptar el concepto de cortas o breves citaciones a la obra artística basándose sobre todo en el tamaño reducido de la reproducción.

El Artículo 43º, incisos a), b) y g) del Decreto Legislativo 822 Ley sobre derecho de autor indica que es permitida sin autorización del autor las breves reproducciones:

“a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de **breves extractos** de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

b) La reproducción por reprografía de **breves fragmentos** o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal. (El subrayado es nuestro)...

g) La reproducción de las obras del ingenio para uso privado de los invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa. Ley 27861 modificatoria del DL 822,

justificada por el carácter educativo, científico o informativo de la obra citada. Tales prácticas no apuntan, en nuestra opinión, a competir con los fotógrafos, sino de ilustrar algunos artículos, ellos mismos protegibles por la propiedad literaria, reproduciendo varios clichés,

Mejor aún, la Directiva europea de mayo 22 de 2001, relativa a la armonización del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, el artículo 5, 3, d) no ha incluido el adjetivo «corta» para calificar la excepción del derecho de cita. Este artículo exige la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra citada.

Por otra parte, el artículo 5, 5 de la Directiva europea de mayo 22 de 2001 introdujo la triple prueba de la Convención de Berna. Esta técnica inspirada por «uso justo» “fair use» del copyright americano, plantea interrogantes sobre las consecuencias de utilizar el trabajo de terceros. La Directiva establece que «las excepciones al derecho de autor son aplicables en ciertos casos especiales que no afectan a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho».

Una parte de la jurisprudencia francesa y la doctrina reivindica este razonamiento económico. La reproducción de fotografías de manera razonable y no competitiva podría así ser admisible en consideración al derecho comunitarios europeo.

1.3.1.2 DERECHO AL HONOR

1.3.1.2.1 Definición

Toda persona tiene el derecho a exigir que terceras personas respeten su honor. El concepto de honor es difícil a definir, reside en cada persona, en el sentimiento que esta tiene de su propia dignidad; y en los terceros, en la impresión que estos tienen de nuestra dignidad, según Muñoz Peralta, y otros. José Urquiza, clasifica el honor dividiéndolo en

honor subjetivo, honor propiamente dicho y en honor objetivo, la buena reputación. Si aceptamos esta clasificación, el honor, en sentido subjetivo, podría ser definido como "...la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás", es el propio sujeto quien se evalúa. Bernal, confirma esta opinión sosteniendo que "el honor (subjetivo) es el sentimiento de auto-estima; es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación".

Por el contrario, el honor objetivo, la buena reputación, es la impresión, la valoración que los demás tienen o suponen tener de un individuo. Ambas percepciones del honor, son realmente subjetivas, pues en los dos casos la valía de una persona se aprecia por ella misma o por terceros. La sola diferencia es que la reputación se adquiere, se construye mediante los hechos sociales de los cuales da cuenta una tercera persona.

La buena reputación es según García Toma, "... la opinión cierta, evidente y favorable que lo congéneres tienen de nuestra persona. Alude a la celebridad, renombre o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc."

En conclusión, el honor y la buena reputación son derechos complementarios de la persona, pues ambos se refieren a su valoración desde el ángulo de dos agentes diferentes. El primero, se refiere al sentimiento de auto valoración de la propia persona; el segundo, a la valoración de una persona por terceros.

1.3.1.2.2 Amenazas

Las amenazas al honor toman el nombre técnico de **difamaciones** cuando resultan de la alegación o la atribución de un hecho, sea éste verdadero o falso. No son sino **injurias**, cuando resulten simplemente expresiones ultrajantes; en el caso de la **calumnia**, en términos de menosprecio que no consignent ningún hecho, o de atribución de delito. La injuria, la calumnia y la difamación constituyen infracciones penales, previstas y castigadas, cuando hayan sido públicas, o publicadas. Ver los artículos 130, 131, 132 del Código Penal Peruano

Históricamente, los delitos referidos al honor y a la prensa han sido estrechamente vinculados, en una relación antagónica, la protección del honor de los individuos que limitan la libertad de la prensa, y recíprocamente. Pero pueden considerarse también como faltas civiles: en el ámbito del derecho civil, la víctima podrá obtener, no solamente daños y perjuicios en reparación de la lesión causada, sino la aplicación de otras medidas susceptibles de impedir que ésta continúe, verbigracia, supresión de un escrito injurioso, calumnioso o difamante. Se admite que el ataque lanzado contra el honor de una persona sólo tiene el carácter de una falta tanto como la intención del autor del daño, si fue inspirado por la mala fe.

Lo que es comprensible psicológicamente, para el ofendido como para el ofensor, es que la ofensa se encuentra menos en la materialidad de las palabras o gestos que en la intención que los anima; sólo existe verdaderamente injuria allí donde hay afectación e intención señalada de insultar, *el animus*, el espíritu que guía el acto.

1.3.1.3 DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

La primacía de la vida privada prohíbe, en principio, toda intrusión indiscreta, mientras que la vida pública, es la excepción: ellas se encuentra abierta a la curiosidad de todos. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. Esta proclamación figuraba ya en 1950 en el texto del Convenio europeo de protección de los derechos humanos (Art. 9). Sobre ésta, es necesario examinar, cuanto a las fuentes americanas, su afirmación legislativa y jurisprudencial respecto del:

- i. Concepto de vida privada,
- ii. La difusión de informaciones,
- iii. Las excepciones, y los
- iv. Rasgos comunes al derecho de la personalidad.

1.3.1.3.1 *Concepto de vida privada*

Según las *interpretaciones*, legislativas y jurisprudenciales, podemos clasificarlas en dos grupos:

Según el *modo de vida*, cada individuo, en cuanto persona libre del ejercicio de sus derechos, elige vivir como mejor le place: trabajar o no; ser o no una persona pública o privada; de casarse o continuar célibe, etc.; los ejemplos son múltiples. Cada individuo ejerce un tipo de libertad, pero esta libertad es incompleta, parcial; ella se desarrolla en sociedad. El vivir en determinado lugar, el poseer determinados animales de compañía, obliga a su titular a observar un modo de vida compatible con la vida en comunidad.

La *esfera de intimidad*, corresponde a los requerimientos del individuo de conservar una esfera secreta de su vida desde la cual puede impedir el ingreso o mantener alejados a terceros. La doctrina moderna le reconoce así un derecho al respeto del carácter privado de su persona, un derecho a ser dejado solo (to let be alone); ese en el fondo su libertad. A veces se ha vinculado a ésta las prerrogativas por las cuales el individuo se opone a que su nombre o su imagen sean libradas a la publicidad - acciones que a otros les servirán para basar sus derechos primordiales de la personalidad. Lo que se evidencia específicamente - porque ni el derecho al nombre ni el derecho a la propia imagen podrían ser defendidos - es el derecho del individuo a impedir que su vida íntima, incluso con nombres cambiados, no sea recuperada por escritores, poetas o romanceros, de manera explícita o velada. La esfera de intimidad puede ser defendida incluso en caso de beneficencia.

1.3.1.3.1.1 *Elementos conceptuales*

Si consideramos que la definición de la intimidad es la parte más reservada o particular de los pensamientos, afectos o “asuntos interiores” de una persona, es fácil deducir que solo tendremos acceso a esa información con la autorización de su (s) titular (es), por el valor moral, social, político u otro que guarda dicha información.

El derecho a la intimidad, a la privacidad, no ha sido entendido siempre de la misma manera. Surgió primero como derecho pretoriano, para posteriormente devenir general, y enseguida, derecho positivo. Una concepción moderna sobre el tema fue realizada por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis el año 1890 en el artículo intitulado «The Right of Privacy» publicado por la revista americana Harvard Law Review.

El Juez Cooley lo define como: "...el derecho que tiene cada individuo de permanecer aislado, de permanecer solo, y no ser impelido a la publicidad".

Los ordenamientos jurídicos basados en el derecho civil, no han adoptado un modelo general de la personalidad, sino que reconocen legislativamente un número ilimitado de derechos de la persona; modelo diseñado por el código civil peruano.

El desarrollo de la jurisprudencia ha influido en el desarrollo del derecho a la privacidad superando la limitación conceptual producto de su traducción literal, dando paso al derecho general de la personalidad.

Según Morales Godo,

...tres aspectos fundamentales integran la noción de intimidad:

1. Tranquilidad: el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud.
2. Autonomía: la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia. La autonomía está referida, entonces a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto de su vida;.... optar libremente por las distintas posibilidades que le ofrece sus circunstancias, y ello implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones.
3. Control de la información: Existen dos aspectos sobre este punto: de un lado, la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada y del otro, la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero.

1.3.1.3.1.2. *La intimidad personal y la privacidad familiar*

1.3.1.3.1.2.1 *Las normas*

La Legislación peruana establece dos aspectos complementarios en la noción de intimidad: la *personal* y la *familiar*.

El Art. 20^o Constitución peruana vigente señala: *Toda persona tiene derecho a: (...) 7.... a la intimidad personal y familiar...*

El respeto de la vida privada es objeto de un derecho subjetivo, que, por su naturaleza, se encuentra próximo de los derechos de la personalidad anteriormente analizados. Se reconoce este derecho a todas y cada una de las personas físicas, incluso a los que son incapaces de ejercerlo personalmente. No es, sin embargo, contra terceros, ni en general contra los titulares de la autoridad parental, que un menor o un incapaz pueden reclamar una vida privada autónoma.

El respeto de la vida privada se traduce esencialmente por un deber de abstención: es imperativo dejar solo, tranquilo al individuo. Esta tranquilidad representa el valor psicológico protegido, reviste aspectos múltiples y concretamente diferentes: permanecer desconocido; no ser espiado, seguido, solicitado, cuestionado; no escuchar pronunciar su nombre en público; ni ver revelada su biografía o su genealogía, el estado de su fortuna o sus deudas; ni relatarse los actos de su existencia diaria, etc. Pero la referencia hecha a la vida privada señala muy claramente que la vida pública permanece fuera de la protección legal. La dificultad consiste entonces en trazar entre los dos una frontera válida.

Los hombres políticos, los literatos o las estrellas del cinema, radio o televisión, detrás de su vida pública, observada por todos nosotros, tienen una vida privada, que pueden desear preservar. Igualmente, los personajes históricos pertenecen a los historiadores en su vida pública y a sus familias en su vida privada. Los profesionales de la indiscreción se oponen, sin embargo, indicando que la disociación es artificial; que la vida privada contribuye a esclarecer la vida pública; que aquel que pretendió ser célebre, renuncie a prevalerse de una esfera de intimidad.

Aquí podemos observar que libertades antagonistas, o incluso derechos, pueden neutralizar el derecho al respeto de la vida privada: así, la libertad de la prensa o aquel de la investigación histórica, y de manera más general la libertad de la información puede imponer un determinado estilo de vida.

De igual manera, el código civil vigente, en su artículo 14° define: la intimidad de la vida personal y familiar.

Para Carbonell Lazo, y otros:

El derecho a la intimidad comprende no solo los aspectos de la propia vida personal, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo

1.3.1.3.1.2.1.1 Intimidad personal

Según Bernal Ballesteros, la intimidad personal “Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares”.

Al hablar de intimidad personal nos estamos refiriendo a ciertos datos y comportamientos propios de cada persona que, como mencionamos anteriormente, las reserva solo para sí, ya sea por la delicadeza del dato o comportamiento; o porque la persona simplemente, quiere mantenerlos reservados y por lo tanto ajenos del conocimiento de terceros inclusive de sus mismos familiares.

1.3.1.3.1.2.1.2 Intimidad familiar o privacidad

En relación a la intimidad familiar o privacidad, Bernal Ballesteros sostiene que “... son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia; las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc.”

Por su parte Manuel Cepeda, defiende la protección del derecho a la intimidad familiar: “De esta manera se protege el núcleo fundamental de la sociedad donde se puede enriquecer la vida humana”. En este caso se protege aquellos datos y asuntos que surgen al interior del hogar producto de las múltiples relaciones de sus miembros.

Es lógico que se proteja la intimidad familiar, puesto que es en el interior de la familia donde sus miembros producen una variedad de situaciones y relaciones de incomparable intensidad, diferente a aquellas relaciones que puedan tener cada uno de sus miembros con terceros.

Cuanto al soporte, no es necesario que la indiscreción provenga de un órgano de prensa, *stricto sensu*, para ser procesado por ataque a la vida privada. El soporte de la información es indiferente del acto ilegal, puesto que un atentado contra la vida privada puede reprocharse con motivo de la difusión de información controvertida. No hay tampoco, ninguna oposición sobre el soporte electrónico ni la difusión numérica de la información para impugnar la invocación de los artículos legislativos pertinentes.

1.3.1.3.1.2.2 Las sanciones

1.3.1.3.1.2.2.1 Civiles

De la concepción de la vida privada prevista por la Constitución y el Código Civil en materia de derecho subjetivo, se deduce que la norma se aplica desde la amenaza o la comisión de la infracción. No es que el sistema de protección en adelante se traslade a los arts. 1969, 1970: la alusión a la reparación del daño pone de manifiesto que no es el caso. Lo que es nuevo, es que la sola comprobación de la lesión indica presunción de perjuicio moral y existencia de delito.

Otra novedad, que tiene seguramente un mayor alcance práctico, es el refuerzo de las sanciones (*lato sensu*). En esta clase de proceso, las eternas condenas pecuniarias en forma de daños y perjuicios son poco eficaces. La tendencia es a la demanda de reparación en especie, y sobre todo una acción preventiva destinada a adelantarse a las indiscreciones,

vía medidas cautelares como embargos, o secuestros u otras sobre los diarios, libros, películas, conferencias, etc., que afectan la vida privada, e inclusive los equipos y material.

1.3.1.3.1.2.2 Penales

Este derecho ha sido tipificado también en el código penal, en los artículos 154° al 158° Desde una pena privativa de dos años, que puede ser mayor de probarse circunstancias agravantes, o según el estatus del agente o el uso indebido de archivos computarizados. Estos delitos son perseguibles por acción privada.

1.3.1.3.2 Difusión de informaciones relativa a la vida privada

La difusión de informaciones relativas a la vida privada supone una: 1. *Autorización*. Pero a su vez co-existen una serie de normas específicas que regulan la autorización exigible sobre la vida privada de las: 2. *Personas menores o incapaces mayores*.

1.3.1.3.2.1 Autorización

Las normas precedentemente aludidas y las decisiones de justicia nos recuerdan el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, fijando ella misma los límites de lo que puede ser o no publicado. Ello significa que toda revelación de un elemento de la vida privada de una persona supone una autorización, excepto presunción de explotación anónima. La autorización debe contemplar con precisión el alcance de la publicación, de ahí el interés de un contrato escrito, para evitar todo conflicto posterior. La carga de la prueba pesa sobre la persona que se prevale de la autorización, es decir, generalmente, el autor de la publicación.

Sin embargo, es necesario tener presente que toda divulgación de información relativa a la vida privada que no está prevista expresamente, no está autorizada. Será conveniente, cuando proceda, retornar nueva-

mente a la persona para solicitar una nueva autorización, para una publicación no prevista originalmente. Así la autorización otorgada para la publicación de biografías a carácter universitario, en una edición papel, no valdrá para otra edición o en otro soporte.

1.3.1.3.2 Persona menor o incapaz mayor

Toda revelación de información relativa a la vida privada de un menor o de un incapaz mayor supone una autorización de su representante legal. Se considera como el representante legal al (los) padre (s) titular (es) de la autoridad parental o el tutor.

1.3.1.3.3 Excepciones al derecho de la vida privada

1.3.1.3.3.1 Existencia de un contrato

Constituye la situación ideal, en el cual existe un contrato firmado en el que se fijan las condiciones de publicación de una información que afecta a la vida privada de una persona, se evita así toda dificultad. No siempre es así en la práctica; incluso en presencia de un contrato, debido a la ambigüedad o al carácter incompleto de éste (no considerada la posibilidad de publicación) o de desacuerdo que puede existir sobre la opinión que se han hecho los interesados sobre los límites de la vida privada.

1.3.1.3.3.2 Ausencia de un contrato

La ausencia de contrato se encuentra, frecuentemente, durante las investigaciones llevadas a cabo por historiadores, psicólogos o sociólogos. Ella puede explicarse por la imposibilidad psicológica (riesgo de reticencia y pérdida de confianza) de hacer firmar un contrato a la persona que habla por sí misma o por el hecho que un “testigo” involucre otras personas que ella misma. Se explica, *a fortiori*, por la imposibilidad material de obtención de las autorizaciones (antiguos archivos, beneficiarios imposibles de encontrar,...).

Al respecto, tres conceptos permiten atenuar la ausencia de contrato: el concepto de vida pública (1), el de acontecimiento de actualidad (2) o aún los derechos de la historia (3).

1.3.1.3.4 Rasgos comunes al derecho de la personalidad

Al intentar identificar aquellos rasgos que tienen en común, los derechos de la personalidad, aparecen los siguientes rasgos:

- 1 *Generales.* – *A priori*, toda persona está dotada de ellos.
- 2 *Extra patrimoniales.* No poseen por ellos mismos un valor pecuniario (aún cuando puedan dar lugar a reparación dineraria). No son fundamentalmente ni cesibles, ni embargables, ni susceptibles de renuncia.
- 3 *Absolutos.* Se imponen para ser respetados por todos. Es un carácter que tienen en común con los derechos reales, en oposición a los derechos personales, lo que ha dado lugar, algunas veces a afirmar que eran derechos privativos, incluso verdaderos derechos de propiedad sobre los bienes inmateriales (sobre el nombre, la imagen, etc.).

Sin embargo, hemos visto que algunos de los rasgos comunes son incompatibles con los derechos a/sobre la imagen.

1.3.2 Libertades individuales

Decíamos antes que la libertad es la posibilidad reconocida a la persona de hacer aquello que le place, el poder de actuar según su propia determinación. No tiene un objeto preciso para constituirse en derecho subjetivo, en sentido técnico del término, es más bien, un derecho “potencial”, “virtual”, “posible”.

La libertad ha sido definida frecuentemente por negación, por sus límites según la fórmula de la Declaración de 1789: la obligación, el deber de no perturbar a terceros. En el derecho civil lo ha sido de manera afirmativa, precisa, en relación a los *derechos* reconocidos a los demás. En

consecuencia, la libertad no se afirma solamente con relación al Estado, sino también en las relaciones entre los individuos. Es este aspecto civilista del problema al cual nos referimos: la libertad civil, la libertad garantizada por el derecho civil, aquella que sirve de garantía a la persona privada contra las usurpaciones por terceros. Es innecesario, además, referirse a un concepto general, que, por su propia abstracción, sería poco útil. La libertad se diversifica según la actividad humana a la cual la aplicamos. Mas que de *la* libertad civil, se trata de ocuparnos en la práctica *de las* libertades civiles concretas. Sería inútil pretender dar aquí una enumeración exhaustiva de estas libertades nos limitaremos a recordar algunas categorías clásicas a la cual se refiere el derecho público, transponiéndolas al derecho privado:

1.3.2.1 LIBERTAD DE MOVIMIENTO

Considerada como la libertad de ir y venir de la persona, ella plantea, sin embargo, en su relación al derecho civil, algunas limitaciones que son ya conocidas en derecho público (abuso de la detención provisional, por ejemplo).

En el derecho civil, se plantean algunas figuras sobre los cuales los legisladores han ido pronunciándose gradualmente. El derecho de tránsito o de paso sobre la propiedad de terceros, servidumbres, cuando la propia se encuentra enclavada, sin salida a la vía pública; la validez de donaciones o testamentos, en las cuales el causante impone al beneficiario, como condición de su liberalidad, la obligación de vivir en una ciudad o en una casa determinada, o por el contrario, la prohibición de permanecer en ellas.

Tales derechos como su aplicación práctica, por la inercia o la presión psicológica que ejercen sobre el propietario, poseedor o beneficiario de la sucesión, corren el riesgo de limitar u obstaculizar el desplazamiento de la persona o por el beneficio de la liberalidad generar una especie de cautiverio o, contrariamente, de prohibición de estancia. No obstante, múltiples decisiones de justicia se inclinan a validarlos – aún cuando su efecto es limitado en el tiempo - siempre que sean justificadas por un

interés considerado legítimo (Ej. impedir el abandono de la casa familiar; evitar el contacto entre una familia legítima y el cónyuge infiel).

1.3.2.2 LIBERTAD DE HACER Y NO HACER

No es sino por propia determinación, “voluntaria”, que el individuo puede perder parte de esa libertad. Es el caso del contrato de trabajo, por el cual una persona se compromete a prestar sus servicios en favor de otro, mediante remuneración. La precariedad del vínculo es el único factor que pudiera salvar la libertad individual de la relación así creada. La precariedad se observa en una serie de normas: prohibición de comprometer sus servicios vitaliciamente, por ejemplo, que podría asemejarse a los regímenes de la esclavitud.

En última instancia, la libertad será protegida civilmente por los arts. 1150 y 1152 del código civil, desprendiéndose de esta figura, que si el deudor de una obligación de hacer o de no hacer no la realiza de manera espontánea, el acreedor podrá optar por exigir la ejecución forzada, que la prestación sea ejecutada por persona distinta y por cuenta del deudor, o dejar sin efecto la obligación; y podrá liberarse de la relación abonando la indemnización que corresponda por los daños e intereses equivalentes al perjuicio causado.

Sobre la libertad de acción o de inercia, el derecho renuncia a resolver únicamente por la motivación de un incentivo o interés pecuniario, en esta premisa encontramos el fundamento del debido respeto del cuerpo humano.

1.3.2.3 LIBERTAD DE DOMICILIO O INVOLABILIDAD

En oposición con la libertad de movimiento, existe una libertad de inercia, de residir en el domicilio elegido. La casa, la residencia constituye la barrera de protección, el reducto del individuo.

La inviolabilidad del domicilio está garantizada por el derecho público contra los abusos de la autoridad. También está garantizada por el

derecho civil contra los abusos por terceros. La analogía es sorprendente cuando el derecho civil se ocupa de determinar en qué medida un funcionario, operando a petición de una persona privada, puede penetrar en el domicilio de otra para levantar un acta de constatación? (Ej. la constatación de adulterio en una acción de divorcio). La jurisprudencia exige que el secretario, ujier, haya sido previamente autorizado, mediante resolución del magistrado civil; bajo apercibimiento de declararse nula el acta de constatación, practicada en forma u horas indebidas. Bajo esta doble reserva, se admite la legalidad del acto, validando un principio de libertad, que, indudablemente, no tiene sino valor relativo.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra también contemplada en otras secciones del derecho civil. El derecho de cierre declarado por el art. 963 del CCP, el mismo que faculta implícitamente una violación del domicilio aun cuando las causas de peligrosidad puedan ser atendibles. Pero, fuera de éste y de otros referidos a la persona jurídica o moral, existen otros casos, reconocidos por la jurisprudencia, sobre una libertad de cierre, más amplia, porque alcanza a toda persona al interior de su residencia, y no solamente al propietario - la libertad de cerrar su domicilio, o incluso habilitarlo defensivamente sirviéndose de trampas o de animales, sin incurrir en responsabilidad a favor de las posibles víctimas. Y es necesario admitir, como consecuencia de esta libertad, el derecho a toda la persona, ella misma, de expulsar del lugar donde vive efectivamente a los intrusos, aquellos individuos que se introducen sin derecho, con tal que la violencia empleada a tal efecto sea moderada.

Lo que muestra que la libertad de encerrarse en su domicilio no es un privilegio del propietario, sino que ella puede oponerse al propio propietario por un arrendatario. Obviamente, el arrendador o propietario conserva un derecho de control, en consecuencia, un derecho de acceso, al inmueble, al edificio, a las partes individuales y comunes que siguen siendo de su propiedad, al menos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el arrendatario, relativas a ese bien (Por ejemplo: reparaciones locativas, verificación del estado del inmueble,...). Pero ello no faculta un acceso intermitente ni desmesurado del propietario. El principio, al cual siempre retornaremos: es la indepen-

dencia del arrendatario a los espacios alquilados, pero también de acceso del propietario a su bien.

1.3.2.4 LIBERTAD DE CONCIENCIA

Es posible recurrir a la protección del derecho civil, particularmente, en los conflictos familiares relativos a la educación religiosa de los niños, cuando los padres, ascendientes, o tutores se encuentran en vida. Como en los casos, en los cuales, los causantes de una sucesión supeditan sus liberalidades a condición que los legatarios cambien o no de religión, se casen o no con personas de determinada confesión religiosa. Estas condiciones pueden juzgarse ilícitas reputándose entonces por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley art. 689, por atentatorias a la libertad de conciencia.

Otras consideraciones, sin embargo, han sido aceptadas en otras ocasiones porque son menos evidentes: cuando existe acuerdo entre las partes - aún cuando éste sea contrario a una norma legal imperativa o válida en otras ocasiones - o si la propia ley impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Estas dos referencias apuntan a aquellos contratos racistas, sexistas, sectarios, originados por la negativa a contratar (vender, emplear, ceder) aplicable a una persona en razón de su pertenencia o no-pertenencia a un segmento étnico, género, o confesión determinada. Estas cláusulas de empleo, raciales, étnicas o confesionales son ilícitas en los contratos. Sin embargo, existen determinados casos en los cuales la naturaleza religiosa, de género, racial o étnica de la oferta impone una cierta selección del co-contratante: un sacerdote puede exigir que su sacristán no sea ateo, por ejemplo. Existe también un equilibrio delicado a respetar, entre la libertad de conciencia individual y la libertad colectiva de la comunidad religiosa.

1.3.2.5 LIBERTADES PROFESIONALES

Resultan de algunas libertades que sólo se ejercen con motivo de una actividad especializada. Las mencionamos porque interesan principalmente otras áreas del derecho civil (derecho comercial, derecho del trabajo, derecho informático). Entre ellas mencionamos, la *libertad*, en particular, de *comercio y de industria* y el *derecho al trabajo*, que puede poner en peligro, por ejemplo, la *cláusula de no-competencia*, cláusula del contrato de trabajo por la cual un empleado se compromete, al momento del cambio de empleo, o en el caso que recibiera otra propuesta, a no crear una empresa competidora o no entrar al servicio de un empresario competidor.

El interés del empleador, que puede ser seriamente afectado, si el empleado aportara a terceros “secretos de fabricación”, “cartera de clientes”, “estrategia comercial” condujo a validar esta cláusula de principio, a condición que la prohibición sea temporal o, suponiéndola ilimitada en el tiempo, se limite en el espacio, a un determinado ámbito territorial.

La cláusula pudiera ser declarada nula, sin embargo, si la ejecución de la cláusula, pone en dificultades al empleado para encontrar otro empleo pues colisiona con su derecho al trabajo.

1.3.3 Igualdad civil

Libertad e igualdad son dos términos indisolublemente unidos en la fraseología política. Según Rousseau, sin igualdad, la libertad no existiría. Existe pues un principio de igualdad civil, como consecuencia del principio de libertad.

No debe confundirse este principio general con algunas normas especiales de igualdad, o algunas normas de igualdad especializada, que figuran también en el derecho civil peruano: particularmente, la norma de la igualdad entre acreedores; la norma de la igualdad sucesoria, en particular entre hermanos y hermanas en la sucesión de los padres (CCP. Art. 818). Estas normas particulares (sobre todo la última) guardan relación con el principio general: proceden de los mismos sentimientos y pueden contribuir a hacerlos más eficientes (el fraccionamiento de la propiedad

resultante de la igualdad sucesoria tiende a crear una igualdad de condiciones económicas, en la cual la igualdad de derecho se desarrolla más fácilmente). Pero para los objetivos de la presente obra, solo se tratará el principio general: a. *principio y límites*, a pesar de b. *las desigualdades* que el derecho legítima, y de c. *las discriminaciones*, que condena.

1.3.3.1 PRINCIPIOS Y LÍMITES A LA IGUALDAD CIVIL

El derecho civil moderno se basa esencialmente en el postulado que una persona física cualquiera es igual a cualquier otra persona física. Igualdad en derecho no significa necesariamente igualdad en los hechos. **La igualdad civil es la igual aptitud a gozar de los derechos civiles. Este principio ha sido recogido en el artículo 3, del CCP: “ Toda persona tiene el goce de los derechos civiles...”**.

Este espíritu de igualdad, es uno de los aspectos fundamentales que guían la ideología del Código, este espíritu no hace sino transponer al derecho civil uno de los axiomas de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789. Para estimar la influencia de la Revolución Francesa, nos basta solamente compararlo con la isonomía de un Tratado moderno de derecho civil, la *división de las personas* que Pothier proponía en su Tratado de las personas y de los bienes (división en clérigos, nobles, gente del tercer estado y siervos, regnícolas y forasteros, personas que perdieron la vida civil o que la recuperaron, legítimos y bastardos, etc.)

De una concepción a otra, la distancia es inmensa, aún si se considera que los juriconsultos del antiguo derecho admitían una igualdad de derecho natural subyacente a las desigualdades de derecho civil y que inversamente, en el sistema moderno, el principio de igualdad supone múltiples excepciones.

1.3.3.2 LAS DESIGUALDADES LEGITIMADAS

Entre estas excepciones, algunas ya se encontraban en el derecho civil clásico del código de Napoleón; las otras se manifestaron al final del siglo XIX, en reacción contra los principios de 1804.

1.3.3.2.1 Excepciones al derecho civil clásico

Su existencia se explica histórica como racionalmente, formando dos grupos, de valor diferente.

1.3.3.2.1.1 Excepciones históricas

El código de Napoleón, deliberadamente infiel a los postulados de la Revolución, restauró dos desigualdades del antiguo derecho, tanto más evidentes cuanto ellas establecían diferencias en la persona desde y por el nacimiento. La primera, se refería a los extranjeros (Art. 11); pero fue atenuada al desarrollarse las relaciones internacionales, a pesar del empuje de los esporádicos nacionalismos. El otro afectaba a los niños naturales; pero fue abrogada tardíamente por la ley sobre la filiación (Art. 334) del 3 enero de 1972, aún cuando los derechos del niño adulterino sufren siempre una determinada reducción (cada menos económica que social) en los intereses del cónyuge y de los niños legítimos del autor

Con un carácter menos acusado - precisamente porque no se trata ya de desigualdades de nacimiento - existen otras discriminaciones, evidentes o implícitas en el Código y que la realidad nos recuerda aún el pasado de menosprecio persistente para las personas normales y corrientes: fijación del domicilio de dependencia impuesto a los criados, o por el marido, en el domicilio conyugal.

1.3.3.2.1.2 Excepciones racionales

No hay desigualdad, sino igualdad verdadera – decimos desde Aristóteles - al tratar desigualmente las cosas desiguales. Es por ello que puede afirmarse que algunas excepciones al principio de igualdad (puramente aparentes, desde un punto de vista filosófico) son racionales porque responden a la naturaleza de las cosas. Tal es el caso del sistema de incapacidades, que se traduce en desigualdades, pero basadas sobre datos naturales (edad, estado mental). Mucho tiempo se ha creído que se justificaba así mismo la incapacidad de las mujeres casadas, hoy corregida.

La idea de que las cosas desiguales deban tratarse desigualmente la encontramos en los mecanismos jurídicos corrientes. Así, en los procesos alimentarios, estos no se limitan a las necesidades mínimas fisiológicas del acreedor, sino toman en consideración la situación social del obligado. La responsabilidad civil es también un instrumento de diversidad y desigualdad en la apreciación de la falta; no se prohíbe a los jueces tener en cuenta el grado de cultura, la inteligencia, la experiencia del presunto responsable. De otro lado, los daños y perjuicios destinados a reparar el perjuicio corporal han sido establecidos sobre el lucro cesante resultante de la incapacidad laboral. Ahora bien, este lucro cesante es tanto más elevado cuanto la víctima se ubique más alto en la jerarquía o “status” social. En la valoración de la falta o delito de la víctima, en los accidentes de tránsito, los jueces tienen en cuenta la edad: joven o viejo, y la capacidad o limitación física.

1.3.3.2.2 Excepciones del derecho civil contemporáneo

Desde el final del siglo pasado, el derecho civil intenta deshacerse del atomismo del código de Napoleón. En oposición con los seres abstractos e intercambiables sobre los cuales razonaba la teoría clásica, el imperativo es normar sobre hombres y mujeres concretos, tomados en la realidad de su trabajo, de sus necesidades, de su situación familiar, etc. Dos conceptos: profesión y categoría social, son los instrumentos principales de esta diferenciación.

1.3.3.2.2.1 Profesión

Cada profesión aspira a tener sus propias normas de derecho, particulares, específicas, cuanto a la apropiación de los bienes que ella utiliza, a los contratos que suscribe, a la responsabilidad en la que incurre. Como ejemplos tenemos un derecho de arrendamiento, urbano: construido como rústico, o rural, los mismos que atentan contra el derecho común o general de arrendamiento e incluso contra el contrato en general; o, el de la responsabilidad de los médicos y sus matices jurisprudenciales, frente al problema de la responsabilidad en general, etc.

1.3.3.2.2 Categoría social

Cada vez más, los individuos tienen conciencia de pertenecer a una determinada categoría social, que los reagrupa en un conjunto de individuos sensibles de reivindicar ciertas ventajas o diferencias. Este resurgimiento de privilegios, interesa particularmente al derecho público: desgravámenes de impuestos, subvenciones, asignaciones, etc. Pero también el derecho privado, pues ciertas leyes constituyen fuentes de privilegios. Concebida para la protección de ciertas categorías sociales, de privilegios en su favor y, consecuentemente, de restricciones de derechos contra otros. Estas nuevas desigualdades, sin embargo, no tienen mucho de común con aquellas de la Colonia. Se establecen en interés de grandes grupos sociales, o del colonizador, o de segmentos. Tienen por objeto proporcionar derechos no por la fuerza, sino por compromisos o necesidades. Son desigualdades jurídicas compensatorias de desigualdades económicas, y destinadas a restaurar, aparentemente, una verdadera igualdad. Los ejemplos de jubilación anticipada de los marinos, militares, policías, mineros, bomberos, etc. son algunas de las muestras de esta categoría.

1.3.3.3 DISCRIMINACIONES

La referencia a la igualdad desaparece ante una fórmula negativa: la condena de las discriminaciones. La discriminación es una ruptura de la igualdad, pero por el rechazo de una categoría de personas ajenas al derecho común. Reprime ciertas maniobras negativas en la celebración de actos y contratos, en particular, cuando son inspirados por un móvil discriminatorio.

Ciertas de estas discriminaciones se deben al origen racial o étnico, al género, a las preferencias sexuales de la víctima (homosexuales, por ejemplo), de la situación familiar (casado, conviviente), de la pertenencia o no-pertenencia a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada. De allí, se puede inducir cuáles son, actualmente, para el legislador, los puntos más sensibles referidos a la cuestión de la igualdad. Pueden concebirse, sin embargo, otras discriminaciones, relativas a la edad, a la clase social o la situación económica.

2 DERECHO Y OBLIGACIONES DE LA PERSONA DIGITAL

Un sistema de identidad real o numérica se basa en identificantes que denotan la existencia o no de la persona física o moral, su nombre y apellido, domicilio, fecha y lugar de nacimiento, número de seguridad social,...

Actualmente el sistema de identidad digital de la persona se encuentra confrontado a un diseño aleatorio resultante de la intervención de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones y de su regulación por el derecho.

En el mundo real los identificantes fundamentales de la persona están enmarcados por el derecho. En el mundo virtual, la persona parece desligarse, liberarse de obligaciones jurídicas y administrativas vinculadas a su identidad real para crear sus propios identificantes virtuales o numéricos.

Los identificantes virtuales pueden definirse como otros tantos signos que caracterizan a un individuo, parcial o totalmente, definitiva o temporalmente en el mundo numérico, digital, virtual.

Entendemos por identificador virtual todo aquel atributo clásico de la personalidad: prenombrados y apellidos, dirección, fecha y lugar de nacimiento, números de seguridad social, ...que se atribuye a la persona y que tratados mediante herramientas tecnológicas (programas informáticos, ordenadores, redes,...) son puestos a disposición del público.

Los atributos clásicos pueden corresponder tanto a una identidad real como a una identidad virtual, la misma que puede ser instituida a partir de diversos elementos de los cuales se dispone o han sido adquiridos.

La definición de identificantes virtuales o alfanuméricos comportan para la identidad digital dos exclusiones: los objetos y los sujetos virtuales o avatares, Aun si la tendencia pareciera indicarnos que Internet se conectará cada vez más a objetos, o incluso a sujetos, véase robots, atribuyéndoles una dirección del tipo Protocolo Internet, o dirección IP.

Reconocemos que todo objeto y sujeto virtual no tiene voluntad propia y no constituye *per se* un sujeto de derecho. Por el contrario, ellos

apelan a un tercero que asegura bajo su responsabilidad el título de tutor o guarda.

En la sección precedente afirmamos que la *Summa divisio* romana, al clasificar la persona por el derecho civil, distinguió a las personas de las cosas, y a la persona física de la persona jurídica o moral; uno y otro sujetos de derechos y de obligaciones. El derecho civil incluye el estudio de las personas físicas (personalidad, limitaciones), y el estudio de la persona jurídica o moral (constitución, derechos, término).

Dijimos también que la persona física es la persona por excelencia, el individuo, el ser humano, físico, tal como es tomado en cuenta por el derecho. El derecho civil clásico solo ha definido algunos rasgos de este conjunto: su personalidad y sus limitaciones. Una visión integral de la persona física comprenderá jurídicamente, su personalidad física, redun- demos: aquellos rasgos característicos que le son propios: su existencia, su individualidad, sus atributos como sus limitaciones: tutela, curatela.

La persona jurídica o moral comprendería, el estudio de su persona- lidad moral: clasificación, distinción entre su personalidad moral y situa- ciones de apariencia similar; el régimen de la personalidad legal : constitu- ción, funcionamiento, disolución, y la naturaleza de la personalidad moral.

Los nuevos conocimientos científicos y tecnológicos de los cuales disponemos hoy nos permiten de aproximarnos más aún al análisis de conjunto que estas dos personas representan. Obviamente, somos cons- cientes que la regulación de estas nuevas figuras jurídicas por el derecho en los países desarrollados se encuentra mucho más avanzada que en los países emergentes, o “países en vía de desarrollo” como en el caso de Perú, pero ello no oblitera esbozar algunos aspectos que podrán ser to- mados en cuenta en los lineamientos de política y legislativos nacionales.

La personalidad ha sido concebida como la concurrencia de una se- rie de derechos innatos, derivados de la propia naturaleza de la persona, entre ellos, la virtualidad de ser titular de derechos y obligaciones civiles.

La persona pasa de ser una suma de derechos para convertirse en un centro de imputación de derechos otorgados o negados por el ordena- miento jurídico, es decir, un receptáculo abstracto, capaz de asumir toda

clase de derechos. Es igual potencialmente, a cualquier otra personalidad, en cuanto cualquier persona, física o jurídica, es capaz de adquirir toda clase de derechos: la personalidad es sólo una manifestación especial del hecho de ser persona. Por esa razón puede decirse: se es persona, se tiene personalidad, ella es innata, primero, a la condición de ser humano, luego por antropomorfismo, es extensible a las personas jurídicas. Podemos concluir así que el concepto de personalidad jurídica es coincidente con el de capacidad jurídica - siempre desde una perspectiva estrictamente jurídica - aunque aquél es presupuesto de ésta.

2.1 Existencia

Dijimos anteriormente que la existencia del cuerpo humano está condicionada por datos e informaciones biológicas sobre su constitución psico-física. La presencia o ausencia de estos elementos permite certificar la existencia o no de vida, la muerte, a través de la manifestación de *signos vitales*, que evidencian su certeza en uno u otro sentido. Entre la vida o la muerte, la no presencia física, subraya la incertidumbre entre uno u otro estado.

Definimos la noción de existencia, de vida, de la persona humana, relacionando operativamente existencia biológica de la persona, integridad psico-física e integridad moral.

La existencia biológica de la persona, como supuesto al derecho a la vida, a engendrar, y mantener la existencia, a la subsistencia y a la trascendencia. La integridad psico-física se asocia al derecho a la inculmidad. El derecho a la integridad moral representa la intangibilidad de la dimensión moral de la persona: honor, imagen,...

Igualmente, definimos precedentemente la noción de muerte, como el fin de la existencia humana, aun cuando este estado no representa el fin definitivo de los derechos ni los deberes adquiridos por el difunto.

Finalmente, entre la vida y la muerte, la no presencia física autoriza al derecho, a regular los estados correspondientes al alejamiento, la ausencia o la desaparición.

Si los datos e informaciones biológicos del cuerpo humano condicionan en el mundo real la existencia de una persona física a través de sus signos vitales - incluyendo la incertidumbre de su no presencia física – la consecuencia lógica es que los derechos y obligaciones creados deben ser constatados, puestos en conocimientos y registrados ante el poder social: el Estado y terceros.

En el ámbito virtual, la personas no reúnen las mismas condiciones para acreditar su existencia. Ninguna de las hipótesis planteadas: existencia o no de signos vitales, o no presencia física, son obstáculos para crear o hacer reconocer una existencia virtual. Ella es creada por la propia persona física (en vida), (o por las personas jurídicas vía sus propietarios o representantes, durante su vigencia institucional o no; prolongando su personalidad después de muerta aquella: protección póstuma; o antes de la liquidación en ésta) por terceros personas físicas sin ninguna relación con las originales. La creación no se limita a una o a varias entidades virtuales, de una o varias nacionalidades, o de uno u otro género. Tampoco le son aplicables las condiciones de reconocimiento: constatación de estos hechos, su puesta en conocimiento y su registro por el poder oficial porque su creación ni su control depende de ellos.

La constatación, puesta en conocimiento y registro dependen de personas jurídicas privadas: proveedores de acceso Internet, proveedores de acceso telefónico, ICANN,...

2.1.1 Cuerpo humano

El cuerpo humano NO ES MAS EL ELEMENTO *esencial* de la persona humana.

Ni representa menos desde el punto de vista **sociológico** o **espiritual** el elemento principal de la formación y de la existencia de la **sociedad real**, pero tampoco se encuentra marcado por el:

- rasgo de la colaboración para la subsistencia entre los individuos
- frente a una mejor provisión fisiológica de otros animales, o
- al desafío del medio natural.

Tampoco representa un elemento sagrado, de enlace **espiritual**, entre los hombres y Dios.

Ninguna de las dos representaciones reales determinan en adelante ningún tipo de **prohibición**, restricción a la voluntad, propia o de terceros **pero si sobre su representación en el ámbito virtual**. En ese ámbito, el cuerpo humano no es la esencia de la persona digital, y es absurdo pensar en una figurada finalidad comercial puesto que el cuerpo humano no existe. Lo que si existe es la representación virtual de la persona humana y su probable finalidad comercial basada en los mismos principios reguladores del cuerpo humano, pero ahora mediante signos numéricos o digitales de aquello que podemos considerar como la esencia del «cuerpo virtual», tanto del punto de vista sociológico como espiritual. Esta imagen virtual de la persona es sensible de ser protegida, y de exigir las reparaciones por los daños o perjuicios causados.

La existencia virtual se basa entonces en signos numéricos o digitales: impulsos electromagnéticos, representaciones alfanuméricas, sonoras, gráficas, visuales, táctiles...; que operan como los signos vitales en el caso de la identificación de la persona física. La sociedad o la propia persona han ido creando estos para erigir una o varias identidades virtuales, siguiendo la misma doble acción del mundo real de identificar o identificarse.

Estos signos numéricos o digitales son de naturaleza inmaterial y diferente de los signos vitales reales, concretos que evidencian la certeza de la existencia o la muerte de una persona física cuyos datos e informaciones se encuentran contenidos en los documentos oficiales de identidad.

En el ámbito digital, los títulos de identificación, los documentos en los cuales se portan, son expedidos por entidades que registran la existencia virtual de las mismas ante quienes se identifican.

La indocumentación de la persona física o jurídica constituye la falta de título en el cual se encuentran contenidos los datos e informaciones de la persona: partidas de nacimiento, de defunción, documento nacional de identidad, minutas de constitución de empresas, registro de comerciantes,... en el mundo virtual consistirá en la ausencia de los signos electromagnéticos, certificados digitales, ...

El identificar supone entonces - tanto en el mundo real como virtual - comprobar la existencia material o virtual de una persona, física o jurídica que se conoce o se conoció. Contrariamente, la no identificación es la ausencia de información, contenida o no en documentos oficiales o privados, en el ámbito digital cuya falta priva al titular o a sus titulares del ejercicio de sus potenciales derechos como al cumplimiento de determinadas obligaciones. La individualización de la persona real o virtual se presenta así como un cierto número de signos, rasgos, identificantes, que sirven para distinguir una persona de otra.

La Constitución, el código civil, el código procesal civil, el código de comercio, o las principales instituciones regulatorias de identidad y de individualización de las personas físicas y jurídicas, poco han instituido en materia de identidad numérica o digital. Ni menos el derecho administrativo ha sido capaz de materializar lo poco instituido en cierto número de documentos en los cuales se portan estos signos, rasgos o identificantes virtuales, ni menos han previsto su consecuencia lógica: los derechos y obligaciones creados y ejercidos en la existencia virtual son constatados, puestos en conocimiento y registrados ante el poder social.

2.1.1.1 DISPOSICIÓN DEL PROPIO INDIVIDUO

El derecho regula la finalidad no comercial del cuerpo humano. Sin embargo, hay muy poco instituido sobre la **representación del cuerpo humano**. Incluyendo determinadas opciones personales o incitativas de terceros - toleradas o no manifiestamente prohibidas por el derecho - desnaturalicen estos principios. (Prostitución, venta de datos personales actualmente...).

2.1.1.2 AMENAZAS Y VIOLACIONES POR TERCEROS

Las reglas de derecho disponen que ningún individuo pueda ser obligado a sufrir ningún tipo de amenaza ni violación de su cuerpo. Y *contrario sensu*, todo individuo sobre el cual pende una amenaza o violación, puede ser indemnizado por los perjuicios causados a su cuerpo. Los daños corporales incluyen los daños materiales y los daños morales.

La hipótesis que se plantea es si es posible la amenaza o violación no del cuerpo de la persona si no de su representación? Aparentemente, determinados autores asocian la representación del cuerpo humano al derecho patrimonial de representación presente en el derecho de autor.

2.1.2 Existencia propiamente tal

La finalidad del derecho sobre la **existencia biológica** de la persona supone proteger la existencia plena y digna de todos los seres humanos. La existencia virtual no aspira al derecho a la vida, a engendrar y a mantener la existencia, el derecho a la subsistencia de manera global y el derecho a la trascendencia.

Tampoco aspira al derecho a la **integridad psico-física** o derecho a la incolumidad, el derecho de la persona a conservar su estructura psico-física de forma íntegra, de manera tal que pueda hacer interactuar, lo más plenamente posible, todos los elementos y órganos que la componen, manteniendo su existencia dentro de ciertos márgenes de viabilidad y de dignidad. Tampoco plantea problemas fundamentales relacionados a la integridad corporal, a la libre disposición de la persona, de su cuerpo, de sus órganos; o frente a terceros, cuanto a la tortura, a las penas crueles, inhumanas o degradantes.

Sin embargo, se mantiene un derecho a la **integridad moral** representada por la intangibilidad de la dimensión moral de la persona humana: honor, imagen, intimidad... y la consiguiente exigencia de su protección efectiva.

2.1.2.1 NACIMIENTO

La creación de la identidad digital mas que su nacimiento no proviene de un hecho físico, sino de la voluntad del interesado o de terceros, quien acepta los términos y condiciones de los proveedores de servicios de nombres de dominio, de servicios de Internet, de Telefonía y ante los cuales declinan sus identificantes, oficiales o no. Los proveedores ponen en contrapartida a disposición del interesado una serie de elementos de

identificación y obligan al respeto de sus normas de gobernanza nacionales o extranjeras previstas por estos efectos mediante contratos, mayoritariamente de adhesión.

2.1.2.2 MUERTE

Encarna el fin de la vida, el fin de la existencia humana, el mal absoluto para el prójimo del fallecido, para aquellos que lo amaban o de los cuales aseguraba su sustento o bienestar. Los daños causados por un tercero a la persona generan un derecho a daños y perjuicios a reparar por el perjuicio afectivo o material causado.

Aquí se presentan, mas que afirmaciones, una serie de hipótesis referidas a la muerte y a la identidad virtual. Si como hemos visto antes la creación mas que el nacimiento de la identidad virtual es el resultado de la voluntad del interesado como de terceros, la muerte dependerá de ellos, Y/O de aquellos proveedores de servicios para adquirir esta? Pero también podrán gozar del derecho a daños y/o perjuicios previstos para la persona humana en caso de amenazas o violaciones respecto de la representación de la identidad digital?

También se reconocería un derecho a una cierta prolongación de la personalidad virtual después del cese de su creación, si la asemejamos a la muerte: protección póstuma de la persona (Delitos contra el honor: injurias, difamación contra la memoria del «difunto») como un reconocimiento de su voluntad o de disposición de su producción. (Poder de manifestación de voluntad más allá de la muerte o del trabajo producido: ejecución testamentaria, creación de una fundación; o explotación de derechos intelectuales, por ejemplo)?

2.1.2.3 CONSECUENCIAS

La muerte como antes la existencia deben ser puestos en conocimiento del poder social, del Estado y de terceros, al mismo tiempo que constatarse y registrarse este hecho.

Entre la vida y la muerte existe una constante física: la evidencia del cuerpo humano o del proyecto viable, el cadáver de un lado, el neonato del otro. Entre estos dos estados, el derecho plantea al menos tres presunciones sobre estados intermedios entre el nacimiento y la muerte, vinculados a la no presencia del cuerpo humano y a la manifestación o no de sus voluntades: el **alejamiento**, la **ausencia** o la **desaparición**. Estas hipótesis generan incertidumbre cuanto a la existencia de la persona, o la imposibilidad de respuesta a la demanda del derecho, y deben ser resueltas por éste.

2.1.3 No presencia física

2.1.3.1 ALEJAMIENTO

La noción de alejamiento no se encuentra presente en todos los códigos civiles del derecho positivo, en todo caso no se encuentra sistematizada como condición legal en el código peruano. Por alejamiento se entiende una serie de situaciones a las cuales se les aplica por extensión, es el caso de los *no presentes*, los *silentes*, los *ilocalizables*.

- Los *no presentes* corporales son aquellos que *no se encuentran presente personalmente*, en cuerpo, *intuitu personæ* pero pueden manifestar su voluntad, expresándola a distancia, por medio de representante o por medios físicos o técnicos. Los actos y contratos a distancia, electrónicos o informáticos, son algunas de las formas de expresión actuales, las cuales ocupan una forma expectante en la formación, ejecución, circulación, terminación o arreglo de diferendos de los mismos.
- Los *silentes* corporales se dice de aquellas personas cuya existencia ni residencia son inciertas o dudosas pero rehúsan toda comunicación o convocación, aún cuando en los procesos su no-respuesta pudiera equivaler a la formación de prueba.
- Los *ilocalizables* pueden presentarse bajo dos formas: la primera, corresponde a aquellos que partieron sin dejar dirección, sin

que se encuentren necesariamente en peligro de muerte, que eventualmente pueda ser considerado como comportamiento ilícito si supone incumplimiento de obligaciones. O, la segunda, aplicable a aquellos que se encuentran alejados por fuerza mayor, sin posibilidad de comunicación de efectos jurídicos. (Secuestro, ocultamiento, ...)

2.1.3.2 AUSENCIA

La ausencia puede ser definida como la **condición legal** de paradero desconocido de una persona. Esta puede asumir dos aspectos o fases: ausencia presunta y ausencia declarada. El código civil peruano considera que para la primera, deben transcurrir dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido. En la segunda, al término del plazo fijado en la ausencia presunta, cualquier persona que tenga legítimo interés para obrar, o el Ministerio Público, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

2.1.3.3 DESAPARICIÓN

Se entiende por desaparición, aquello que estaba y luego ya no, o que no se muestra, o no aparece, o que no es posible captarlo por los sentidos; en el caso específico de una persona, este proceso más que un estado, permite de iniciar los trámites policiales, judiciales tendientes a la declaración de deceso, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. El legislador peruano se planteó tres hipótesis para el inicio del proceso:

- en función de los términos de la desaparición o de la propia edad del desaparecido;
- de las condiciones de la desaparición, o de la certeza de muerte sin hallazgo o reconocimiento del cadáver.

2.2 Identidad e Individualización

Identidad

La identidad es un derecho-obligación que tiene cada sujeto para el ejercicio de éstos, entre ellos, diferenciarse de los demás, para permitir y establecer su condición de ser individual; como para las tareas de tutela y administración de la autoridad pública. La identidad, el ser “yo mismo” y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus antecedentes y sus condicionamientos, rebasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida como el ser mismo. No es algo acabado, finito, sino que ella se crea en el transcurrir del tiempo, con el tiempo. Se enriquece y se empobrece, se modifica.

Los atributos y características que en su totalidad definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto. Entre ellos cabe señalar algunos signos distintivos, como podrían ser el apellido, el pseudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás. La persona se identifica de manera inmediata por estos atributos.

La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de sus pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados a la posición profesional, religiosa, ética, política, asociados a los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo lo que define la personalidad proyectada hacia el exterior.

Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” que cada cual consiente. La identidad personal se pre-

senta así como un preponderante interés existencial que merece tutela jurídica. Es una situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene todo el derecho de ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a que se le conozca y defina en su “verdad personal”, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser “él mismo” y no “otro”. El derecho a la identidad supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada. Ante el derecho de la persona, se yergue el deber de los demás de respetar la “verdad” que cada cual proyecta, de modo objetivo, en su vida de la relación social.

Nombre

El nombre en sentido amplio (nombres y apellidos) sirve a designar, a identificar a una persona física. La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.

Dos hipótesis se plantean en el uso de esta identidad numérica nominativa, en relación a las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones:

La primera, 1. Si el nombre patronímico, identidad real, permite en el mundo virtual de identificar a una persona individualizándola en el tiempo, siguiendo una línea de filiación ascendente/descendente; 2. mediante la atribución de un nombre por vía colateral en el caso de matrimonio; o aun 3. en el cambio de nombre por adopción o naturalización?

La segunda, 1. Si el nombre, identidad numérica adoptada para el mundo virtual, permite de identificar a una persona individualizándola en el tiempo, según una línea de filiación ascendente/descendente, 2. mediante la atribución del nombre por vía colateral en el caso de matrimonio, o aun 3. en el cambio de nombres por adopción o naturalización?

- **Nombre patronímico identidad real en el mundo virtual.**

Nada impide que el nombre patronímico, identidad real, permita identificar a una persona individualizándola en el tiempo, a condición que

los datos consignados en el mundo virtual: 1. coincidan *exactamente* con aquellos que detenta en el mundo real; o 2. en el caso de uso de pseudónimos y anónimos estos coincidan con los identificantes del nombre real registrados o aquellos que los detenten sean notorios. Y en cualquiera de los dos casos, se asocie a estos el signo arrobas (@), el nombre de dominio y la extensión pertinente. Pero ello no significa que este nombre proveniente del mundo real y regulado por las autoridades públicas sea un nombre virtual oficial. El reconocimiento de los nombres virtuales se efectúa por una Asociación ICANN directamente o a quien ella delego este encargo

Otros identificantes nominativos provenientes de la personalidad real - sensibles de devenir identificantes virtuales -: voz, imágenes, ubicación domiciliaria; arborescencias genealógicas, actos administrativos, notariales o jurisdiccionales de matrimonio, adopción o naturalización, pueden ser asociados al nombre real pero sin que ello amenace o lesione la privacidad o intimidad de la persona, el secreto profesional, intelectual o empresarial y bajo el doble supuesto de ser voluntario o a exigencia motivada de la autoridad pública para la propia administración pública o en los casos de defensa y seguridad nacionales.

En el caso contrario, será materia de diferendo, usurpación principalmente, si la identidad virtual nominativa no coincide exactamente con el nombre patronímico real, ni existen los identificantes que permitan vincular éste con el pseudónimo o anónimo, ni existan otros identificantes adicionales – voluntarios o facultativos - que completen éste, o los que existan no tengan la calidad y la licitud requeridos; planteándose similares problemas a aquellos de homonimia en el mundo real.

Finalmente, a estas exigencias deben agregarse formalidades técnicas previstas por el ICANN: signo arrobas (@), el nombre de dominio y la extensión pertinente para la formación de la identidad nominativa virtual.

- **Nombre o identidad numérica adoptada para el mundo virtual.**

El nombre o identidad numérica que adopte la persona física en el mundo virtual es ilimitada, siempre y cuando respete las normas previstas por el ICANN, y los criterios de gobernanza en Internet. Puede tam-

bién constituir un derecho y una obligación si la regulación aplicable al ámbito virtual se ajusta exactamente al mundo real y si la autoridad pública lo ha normado así.

Constituirá un derecho si éste rasgo de su identidad le ha sido atribuido por la autoridad pública para llevarlo, designándose o haciéndose designar en cada acto de su vida; constituirá una obligación, si aquel que lo porta, puede ser compelido por la autoridad pública a responder bajo ese nombre, y asume responsabilidades por este llamado. También, en el caso que la propia persona, decida designarse o hacerse designar si debiera asumir las consecuencias jurídicas de sus actos, salvo, obviamente, acuerdo privado inter pares. Como es igualmente válida la firma manuscrita en la identidad numérica - definida como representación del nombre escrito de la mano del interesado - y asociada a las regulaciones de la firma digital. Bajo esta forma, aparece como un medio puesto a disposición por el derecho informático, para expresar la personalidad y la voluntad del sujeto digital y para convertir un escrito material o virtual en un acto jurídico, de la misma validez que una firma manuscrita en un instrumento físico.

Las libertades reguladas en el porte del nombre: usos del pseudónimo y del anónimo, aceptados en las expresiones artísticas y literarias, y ampliamente extendidos en las comunicaciones virtuales, aportan una complejidad mayor al tema de la identidad numérica. Particularmente, si las autoridades públicas no han regulado estos, o no han previsto la protección de los rasgos de carácter nominativo a las identidades numéricas.

En ambas hipótesis: el nombre, considerado como atributo de la personalidad de un individuo o un aspecto de su estado familiar, puede ser: *reclamado* de poder ser llevado, por aquellos que han perdido el uso o pretenden asumirlo; o *contestado*, contra quienes lo portan indebidamente. Está claro que es ante el ICANN que pueden incoarse estas causas.

2.2.3 Ubicación

Precedentemente afirmamos que una persona determinada puede ser vinculada a un espacio físico, una ubicación a través del domicilio y

específicamente de su residencia; afirmamos también que el domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio y que este elemento constituye otro rasgo de individualización de una persona. La interrogante que nos planteamos en este aparte: es si éste mismo criterio puede ser aplicado a una ubicación virtual?

El domicilio y la residencia corresponden a la localización jurídica de la persona en un *espacio físico*, con el propósito de ubicarlo, clásicamente, en un *territorio*. Este criterio sedentarista ha dado paso a un nomadismo creciente - inclusive de los objetos - que modifica los criterios de domicilio, morada o habitación de vocación permanentes, habituales o estacionales por el uso de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones y por el derecho al regular éstas. Los juristas como los técnicos están tratando de redefinir los criterios de identidad virtual cuanto a la ubicación de la persona, física o jurídica, en el espacio; no solo cuanto al *interés social* que la ubicación y el domicilio tienen sino también cuanto a sus *características*, a las *reglas de su determinación* y a su *protección*.

2.2.3.1 DOMICILIO

El domicilio, y específicamente la residencia, vinculan una persona a un espacio físico, a una ubicación. El domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio. El propósito es de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso. Este elemento constituye otro signo, otro rasgo de individualización de una persona. La mayor parte de los hombres han devenido sedentarios, cada cual habita en un lugar, solo o con su familia, y si se aleja, es con el ánimo de retornar.

Los conceptos de domicilio, utilizados antiguamente como elemento abstracto y rígido, y residencia: como concurrente hoy en día de domicilio de manera específica, concreta y flexible, nos dan una idea más precisa del lugar *donde reside habitualmente* una persona.

El domicilio puede ser definido entonces como el lugar donde una persona tiene su morada, su casa (Del latín *domicilium*, de *domus*, casa). La residencia es el lugar donde preferentemente habita, se encuentra.

El derecho ha hecho del domicilio un lugar o espacio de interés social del individuo, pero también ha fijado sus características, las reglas de su determinación y de su protección.

2.2.3.1.1 Interés social

El *interés social* de este espacio estriba en su designación, su ocupación por las personas físicas y jurídicas para el ejercicio de sus derechos y deberes públicos como civiles, lo mismo que el cumplimiento de sus obligaciones. Es entre estas dos funciones: de localización de un domicilio, de dimensiones específicas, lugar de presencia permanente de una persona, de un lado, y como ámbito de competencia en el ejercicio de una autoridad, del otro, que se establecen las funciones del domicilio.

El ejercicio de los derechos y deberes públicos, se materializa vía la fijación de los domicilios electorales, fiscales, administrativos. El ejercicio de los derechos y deberes civiles, se concretiza por medio de los intereses procesales. Uno como el otro puede ser visto desde una perspectiva más amplia como un conjunto de derechos-deberes, en el cual el domicilio tiene por función vincular una persona a la competencia geográfica de una determinada autoridad (administrativa, jurídica, electoral).

Si tomamos en cuenta los deberes públicos, estamos obligados a utilizar los domicilios electorales, fiscales o administrativos reales previstos por las autoridades públicas, como cada vez más dirigirnos a las direcciones virtuales que estas generan. La autoridad no se plantean en estos casos si los obligados cuentan con los medios técnicos, culturales o económicos para asumir estas obligaciones aunque hasta el momento el uso de uno u otro sea alternativo. La recíproca, el ejercicio de los derechos públicos de los candidatos/electores, contribuyentes o ciudadanos dirigidos a los domicilios virtuales de las autoridades públicas no es equivalente. Y no podría serlo porque si bien todas las autoridades poseen un domicilio real, no todas cuentan con domicilios virtuales, no han sido integrados estos procedimientos en los trámites administrativos los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), o no poseen los medios para asumir las mismas exigencias técnicas, de personal,...

Del lado de los derechos y deberes civiles, cuyo principal interés es el procesal, si bien pueden serles aplicados, *mutatis mutandis* los mismos criterios esbozados para los derechos y deberes públicos, podemos adiccionales dos otros rasgos: el primero, relacionado con el impulso de la acción procesal y la naturaleza de ésta: pública o privada. El segundo, está vinculado a las notificaciones y a los correos no deseados (Spam).

- ***El impulso procesal proveniente de una acción pública.***

El interés de la autoridad administrativa o jurisdiccional – incluyendo al Ministerio Público, víctimas o parte civil - es que los plazos y términos previstos en las normas adjetivas se cumplan en los plazos previstos estrictamente. Si es posible, aquella parte en la cual recae el impulso procesal intentara identificar a los responsables y utilizar los medios apropiados puestos a su disposición para establecer contacto rápidamente con los justiciables; un elemento capital para ello es conocer y servirse de la dirección virtual cada vez más frecuentemente que de la dirección real. Obviamente, los procesos de impulso procesal privado, pueden ser igualmente asimétricos, aunque la ausencia de una autoridad pública, como parte en la litis, podría suponer una presión procesal y mediática más ligera.

- ***Las notificaciones y el correo no deseado, (Spam)***

La notificación desde o hacia una dirección virtual en la cual intervengan la autoridad pública de un lado y los abogados, notarios, peritos, fedatarios, árbitros, conciliadores, de la otra; puede tener - al menos - dos tratamientos: los domicilios postales pueden ser administrados individual o corporativamente y la responsabilidad deberá establecerse, obviamente, en uno como en otro caso. Puede agregarse una complejidad mayor cuando existen convenios o normas institucionales que facilitan o impiden una comunicación directa de emisión-recepción de mensajes a los domicilios virtuales de la autoridad pública, los colegios profesionales o asociaciones que los representan y los miembros o asociados a éstas, por ejemplo.

En el caso de los correos no deseados o Spam, las direcciones virtuales desde las que se envían-reciben correos electrónicos, mensajes de

texto, imágenes o mixtos están reguladas por normas jurídicas y técnicas en la materia. Estas normas establecen el marco para que los mensajes puedan arribar o no a destino, y las consecuencias civiles o penales que puedan derivarse de éstas.

2.2.3.1.2 Características

El domicilio real, es otro de los elementos de individualización de las personas, el mismo que utiliza determinadas referencias y garantías. De éstas, se extraen sus principales características: debe ser obligatorio, fijo y único. Sin embargo, las nuevas tecnologías relacionadas a la informática y las telecomunicaciones modifican éstas al aplicarlas al domicilio virtual, y según se trate de persona física o jurídica.

2.2.3.1.1.1 Domicilio es obligatorio

El domicilio real establecía una distinción importante entre el domicilio de los nacionales y el de los extranjeros. Mientras al primero, le acordaba, en orden alternativo, el domicilio real, la residencia o el domicilio de origen; el segundo, podía designar su domicilio en el país de su residencia –siempre y cuando se encuentre en posesión de un título de estadía – o pueda atribuírsele *el domicilio de nacionalidad*.

El domicilio virtual quiebra ambas afirmaciones, no es más el espacio físico el criterio determinante para la fijación del domicilio sino el criterio técnico: el número de Protocolo Internet o número IP. Ni existe una autoridad pública nacional o mundial que regule, vele, controle u obligue a la existencia o no de éstas; ni menos el ICANN, hasta ahora, plantea utilizar los criterios de domicilio real, residencia, domicilios de origen o domicilios de nacionalidad como criterios de fijación del domicilio virtual.

2.2.3.1.1.1.1 Nacionales

Toda persona tiene en principio un domicilio y, si no lo tiene, la autoridad administrativa intenta atribuirle uno.

Cuando no se puede determinar cuál es el domicilio de una persona, se recurre a menudo a su residencia; pero cuando no se puede determinar ni su domicilio ni su residencia, se recurre al concepto de *domicilio de origen*, es decir, aquél que tenía la persona al momento de su nacimiento y que supuestamente ha conservado mientras no haya manifestado la intención de cambiar.

2.2.3.1.1.2 Extranjeros

En principio, un extranjero puede designar un domicilio en el país en el cual reside, con apenas algunas formalidades. A lo sumo, y según algunos autores, el extranjero deberá encontrarse en posesión, esencialmente, de un título de permiso de residencia en regla.

La cuestión puede plantearse para los extranjeros quienes se interrogan si de verdad están domiciliados en un determinado país? Para ellos, en múltiples jurisprudencias internacionales se ha logrado decantar el concepto de *domicilio de nacionalidad* que puede ser definido como “toda residencia efectiva que presenta un carácter estable y permanente, que coincide con el centro de los lazos familiares y de las ocupaciones profesionales”. El concepto de domicilio de nacionalidad debe permitir establecer la intención definitiva de instalarse en un país.

2.2.3.1.1.2. Domicilio es fijo

El principio y la excepción de las características de domicilio fijo estaban basadas en su inmutabilidad pero contenían una excepción: su posibilidad de cambio. Sus condiciones y requisitos se apoyaban en un elemento material y en otro volitivo, como las pruebas de su conservación o de cambio, se determinaban por las formalidades de realizar o no éste, y por su calificación final.

En el domicilio virtual todas las consideraciones en las cuales se sustentaba el domicilio fijo son cuestionables: uno de los elementos determinantes en la fijación del domicilio virtual es el DNS, o Sistema de Nombre de Dominio, el mismo que presenta una nomenclatura jerárquica

para computadoras, servicios o cualquier recurso conectado a Internet o a una red privada. Este sistema asocia información variada con nombres de dominios asignado a cada uno de los participantes. Su función más importante, es traducir (resolver) nombres inteligibles para los humanos en identificadores binarios asociados con los equipos conectados a la red, esto con el propósito de poder localizar y direccionar estos equipos mundialmente. El servidor DNS utiliza una base de datos distribuida y jerárquica que almacena información asociada a nombres de dominio en redes como Internet. Aunque como base de datos el DNS es capaz de asociar diferentes tipos de información a cada nombre, los usos más comunes son la asignación de nombres de dominio a direcciones IP y la localización de los servidores de correo electrónico de cada dominio.

La asignación de nombres a direcciones IP es ciertamente la función más conocida de los protocolos DNS. Por ejemplo, si la dirección IP del sitio FTP de prox.mx es 200.64.128.4, la mayoría de la gente llega a este equipo especificando ftp.prox.mx y no la dirección IP. Además de ser más fácil de recordar, el nombre es más fiable. La dirección numérica podría cambiar por muchas razones, sin que tenga que cambiar el nombre.

Ello presenta ya dos diferencias : el abandono de las referencias geográficas por referencias binarias y el control de los mismos por la autoridad nacional en favor de proveedores de servicios privados.

2.2.3.1.1.3 Domicilio es único

El principio de la unidad del domicilio de las personas físicas se justifica incluso por la definición del domicilio: sede legal de la persona. En el mundo digital, una misma persona digital tiene actividades de importancia similar en ámbitos distintos y este principio sufre excepciones o atenuaciones.

Con mayor razón, el principio aplicable a las personas jurídicas quienes tienen su domicilio en la sede social designada en sus escrituras o estatutos. Este domicilio se refuerza se torna mas interesado, y en el peor de los casos ficticio: una empresa o comercio que desea obtener una

determinada nacionalidad para beneficiarse de ventajas fiscales, financieras, fija interesada o ficticiamente su domicilio social en esa región o país. Ahora menos que nunca podrá resolverse los problemas definiendo al domicilio como un debe ser *domicilio social real*, es decir, aquel lugar donde se encuentra el establecimiento principal de la empresa, su dirección administrativa y comercial.

En el domicilio virtual no se aplican los principios de domicilio real único para las personas físicas ni para las personas jurídicas por que no existe obligatoriedad de fijación de domicilio, no existe una autoridad pública nacional que las asigne o regule; tampoco porque son personas virtuales ilimitadas, es decir, que puede ser inconmensurable el número de personas virtuales que allí “residen”; como ilimitadas serán sus direcciones. También por los principios de regulación y estímulo del ICANN de aceptar varios nombres de dominio –uno de los elementos decisivos en la formación de las direcciones virtuales; o inclusive por el rol complementario en la asignación de nombre de dominio desempeñado por instituciones nacionales, administradoras de nombres de dominio geográfico: la Red Científica Nacional en el caso peruano.

2.2.3.1.3 Reglas de su determinación

El principio es que el domicilio real obedece a reglas que lo determinan: la voluntad privada y la ley; coexistiendo ambos, domicilio voluntario y domicilio legal.

2.2.3.1.2.1 Domicilio voluntario

Posee dos variantes: la primera, constituida por los centros de interés de la persona, física o jurídica; la segunda, elegida convencionalmente por la propia persona sometiéndose a la competencia de una autoridad judicial, o para designar representante, procurador, mandatario...

Ambas variantes pueden subsistir. El problema radica en el interés de las personas de persistir en los centros - valga la redundancia - de in-

terés; y su sometimiento a la competencia o la imposición de la autoridad judicial.

El segundo problema es la defensa del domicilio digital del interesado, aceptando o rehusando éste cuando lo reclame la autoridad.

2.2.3.1.2.2 Domicilio legal

El domicilio legal, es aquel que la ley atribuye de oficio a una persona, debido a su dependencia respecto de un tercero, o debido a su profesión para facilitar algunos actos jurídicos. Existen dos tipos, igualmente, el domicilio de origen y el domicilio de dependencia. El domicilio de origen, está ligado a una circunscripción estatal. En el domicilio de dependencia, las fuentes de derecho, reúnen diversos casos en los cuales, las personas dependen de estos domicilios por su función o “status”.

Las reglas de la determinación del domicilio voluntario virtual son bastante similares a las reglas aplicables al domicilio voluntario real en sus dos variantes: centros de interés o elección convencional. En ambas, la persona determina facultativamente su domicilio, puede aceptar éste si tiene interés en disfrutar del elemento de nombre de dominio genérico o geográfico, en el caso de la figura “pe.”

En el domicilio legal virtual, la persona puede encontrarse vinculada a una circunscripción estatal, a un domicilio de origen. Las autoridades públicas tendrían que hacer manifiesta y extensiva ésta a quienes se encuentren sometidos por ley, incluyendo el domicilio legal virtual de origen en territorio peruano o no en el extranjero. Solo a partir de ese momento será vigente la atribución de oficio de un domicilio legal de dependencia virtual a una persona física o jurídica, cuando sea la propia autoridad pública quien así lo decida, o la acepte la persona. En este caso, la autoridad pública tendría que precisar las modalidades, formas y ejercicios que estos domicilios pueden presentar: para los niños bajo tutela o menores; o mayores en curatela; el de funcionarios (militares, profesores, jueces, médicos, notarios, etc.) que ocupan domicilios de función, o adscritos a una jurisdicción; el de los navegantes o trashumantes, que pueden elegir uno en el distrito, departamento, o país, entre aquellos que se encuentran en su itinerario,...

Pero así como se fijan los domicilios reales en los domicilios de origen y el domicilio de dependencia, podemos pensar que los domicilios virtuales pueden cambiarse, facultativamente, por la propia persona como, autoritariamente, por las exigencias propias de la autoridad pública, por la función o el “status” público. Estos inclusive podrán ser - pensamos -, como en los domicilios reales, materia de oposición.

2.2.3.1.4 Protección del Domicilio

La protección del domicilio se basa en el principio de inviolabilidad, sin embargo, éste no es absoluto. El principio implica excepciones legales o de urgencia.

La pregunta a la cual nos interesa responder es si al domicilio virtual pueden serle aplicables el principio y las excepciones del domicilio real, sede legal o social de la persona física o jurídica?

La respuesta puede construirse desde una doble perspectiva: una, si las condiciones para el ejercicio de los derechos de uso, goce y disfrute del domicilio real se encuentran reunidas. Dos, si la persona asume las obligaciones y responsabilidades que se desprenden del ejercicio de estos derechos.

Aparentemente, no habría ningún obstáculo para que el domicilio virtual asuma el mismo rol que el domicilio real si las acciones, desde la cual o hacia la cual se realizan, no amenazan ni violan las reglas constitutivas de la sociedad. Pero, cabría preguntarse si la autoridad pública puede intervenir en un domicilio virtual que no hubiera sido registrado antes sus autoridades, cuya ubicación en el “territorio” nacional se desconoce, o si los actos que allí se realizan no sean perseguibles de acciones legales sancionadas en el país: investigación, seguimiento, constatación de infracciones, constatación de pruebas o indicios; o en los casos de flagrante delito, particularmente en materia de terrorismo y de estupefacientes? Lo mismo, cuanto a si los titulares y agentes de la acción debieran ser los mismos que intervienen en el domicilio real: jueces, policía, fiscalía, u otra autoridad pública? Tampoco es evidente si estas pueden realizarse en los domicilios virtuales de las personas físicas y/o jurídicas, incluyendo las sucursales na-

cionales o extranjeras; ni los procedimientos a seguir para verificar estas amenazas o violaciones (presencia del titular del “domicilio”, horas de intervención, preservación de los secretos profesionales o de los derechos de creación inmateriales, de la intimidad y privacidad de la persona,... ?

Desafortunadamente, hoy existen más preguntas que respuestas sobre la cuestión.

2.2.3.2 RESIDENCIA

El sentido general de esta noción es más concreta, más realista que aquella de domicilio. La residencia es el lugar donde la persona habita, reside efectivamente, de manera estable y regular.

Esta noción tendería a desaparecer en el ámbito virtual.

2.2.4 Sexo

En la primera parte de este estudio, dijimos que el derecho reconoce la *diferencia de sexos*, y faculta su uso; pero se esfuerza igualmente en hacer cohabitar este dato natural, mediante el derecho a la *igualdad de los sexos*. Pero se contemplan estos mismos derechos y obligaciones cuando nos referimos a la identidad sexual virtual?

2.2.4.1 DIFERENCIA DE SEXO

Al referirnos a la identidad real dijimos que la mención del sexo era obligatoria. La Ley N° 26497 del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC así lo establece.

Las funciones de RENIEC de doble acción relacionada con el sexo real de la persona NO SON MAS VALIDAS, pues NO PUEDE:

1. Organizar sus registros en base a la comunicación de los registros civiles existentes en todos los municipios del país: nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas;

2. Emitir un documento único que acredita la identidad de las personas VIRTUALES: el Documento Nacional de Identidad DIGITAL.

Implícitamente la misma norma reconoce que las *personas jurídicas* son asexuadas. ¿Pero es que correspondería a este Organismo pronunciarse sobre este tema?

Se plantearía también la hipótesis, en caso de organizar la autoridad pública, a través de los funcionarios responsables el registro civil desde la Municipalidad quien constataria este hecho y lo consigna en el certificado de estado civil respectivo, en principio y para siempre?

Si afirmamos que los rasgos característicos de uno u otro sexo se portan en el ámbito real por cada ser humano, en su vida diaria, no es evidente entonces que estos puedan ser visibles, ni menos identificables en el ámbito virtual. Ni existen en el ámbito virtual autoridad pública capaz de registrar, expedir documentos oficiales capaces de acreditar la pertenencia indudable de una persona física a uno u otro sexo.

Actualmente, en esta fase de uso de una doble tecnología aplicable a la documentación, física y virtual, es posible que los organismos de registros, de identidad, puedan extender, indirectamente, certificaciones sobre el sexo de una persona si poseen la autoridad y las funciones para hacerlo, respaldados en documentación física o digital, notarialmente legalizada o fedateada, acorde con las normas y procedimientos previstos para las microformas, sus normas complementarias y afines.

Quedan pendiente de un análisis más fino la comprobación del sexo virtual, el transexualismo, y las consecuencias derivadas de la asignación a uno de los sexos en el ámbito virtual.

2.2.4.2 IGUALDAD DE SEXO

Este principio se presenta en la realidad bajo dos condiciones, como restablecimiento del equilibrio entre dos sexos, pero también como condena de distinciones. En el ámbito virtual, las condiciones previstas menguan, porque no es evidente el reconocimiento, *ergo*, la identificación de

ninguno de los dos sexos y en consecuencia es imposible el beneficio en cualquiera de las dos condiciones, ni existe la autoridad pública que acredite la pertenencia a uno u otro sexo, salvo la excepción alegada sobre el respaldo en documentación física o digital, notarialmente legalizada o fedateada, acorde con las normas y procedimientos previstos para las microformas, sus normas complementarias y afines.

Tanto la diferencia como la igualdad de sexos pueden tener un impacto importante en el espíritu del legislador si en el ámbito virtual puede morigerarse o no éstas. Por no citar sino dos ejemplos: Es que en derecho laboral, de identificar virtualmente el sexo de las personas físicas, podríamos acordarles las mismas compensaciones o penalidades que en el ámbito real: jornadas de teletrabajo similares, salarios, descansos por maternidad, lactancia? Es que en derecho penal, podríamos atribuirles a los autores de delitos informáticos de similares atenuantes o agravantes, u otorgarles los mismos beneficios penitenciarios teniendo en cuenta su sexo real?

2.2.5 Nacionalidad

El Derecho Internacional Privado es una disciplina del derecho cuyo objeto de estudio es el llamado derecho de gentes o derecho que regula la situación jurídica de las personas y de los bienes en el ámbito internacional.

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado son pues las normas internas de los Estados en materia civil, los tratados internacionales, los convenios y acuerdos entre las naciones, así como el papel que desempeñan los organismos internacionales en materia de regulación del derecho de las personas y de los bienes.

Los atributos de las personas físicas y jurídicas son: el nombre, el domicilio, el patrimonio, la capacidad, el estado civil. El estado civil contempla no solamente la relación familiar que una persona guarda respecto al Estado – sino también su situación política como jurídica, a esto le da el nombre de nacionalidad.

El derecho de los bienes es el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y los bienes. Una de las clasificaciones de estos últimos puede hacerse entre bienes materiales e inmateriales.

Una distinción importante entre el derecho de personas y el derecho de bienes, es que las personas son sujetos de derecho mientras que los bienes, son objeto de derecho, en consecuencia susceptibles de apropiación por los sujetos de derecho.

2.2.5.1 ANTECEDENTES

En la Edad Media, el individuo o siervo era vasallo del señor feudal o súbdito del soberano, basada en la *allégeance*, fidelidad y lealtad por el mero hecho de haber nacido dentro de los límites del territorio sometido al dominio del señor. El vínculo era eterno y al súbdito le estaba prohibido emigrar, bajo sanción. Sin embargo, el siervo sometido podía cambiar su nacionalidad sólo si el soberano lo consentía.

En la Época Moderna, el término de *allégeance*, practicado en la edad media, se asocio al concepto de nacionalidad. En los años precedentes a 1789 la nación se confundía con la persona del monarca y la nacionalidad era el lazo de fidelidad y lealtad al soberano. Al desaparecer éste con la Revolución Francesa, el nuevo régimen buscó una noción que reflejara los principios de Libertad, Fraternidad e Igualdad, de índole democrático que sustituyera ese lazo de adhesión al antiguo monarca, surge así la nacionalidad.

Cualquiera que sea la percepción del Estado, una de sus primeras consecuencias es que no es más el arbitrio del soberano o el príncipe quien otorga o no la nacionalidad, sino el Estado, sobre la base de un conjunto de principios y reglas constitucionales o civiles como de circunstancias personales o familiares del sujeto. El hombre vía el derecho internacional se beneficia de la nacionalidad, vinculando ésta al Estado.

Los nacionales son entonces aquellos individuos que por su vínculo al territorio y/o a la sangre forman en un territorio determinado un Estado, regulado por un conjunto de reglas que los localizan e identifican, en una

determinada colectividad. Puede decirse también que los nacionales son el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un Estado a quienes éste reconoce derechos civiles y políticos y asume su protección dentro y fuera de su territorio. La nacionalidad no puede ser confundida con la ciudadanía, ésta última solo comprende una parte de los nacionales, aquellos calificados para ejercer sus derechos y deberes civiles y políticos.

El derecho de la nacionalidad está constituido por un conjunto de normas que permiten distinguir entre aquellos sujetos que el Estado reivindica como nacionales de aquellos que no lo son, entre los nativos y los extranjeros.

La nacionalidad como uno de los componentes del Estado moderno tiende a desaparecer con la identidad digital, replanteando la noción de democracia, de deberes y derechos de los nacionales, de protección del Estado, como de localización e identificación.

2.2.5.2 Definición y derechos humanos

La nacionalidad ha adquirido una connotación tal que ha sido elevada a la categoría de Derecho Humano fundamental y en consecuencia ha sido reconocido por varios instrumentos jurídicos internacionales, de carácter declarativo y convencional; aquellos de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) y la Organización de Estados Americanos (O. E. A.)

La identidad digital replantea igualmente este derecho, por ejemplo:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Esta declaración estipula en su artículo 15 lo siguiente:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del Derecho a cambiar de nacionalidad, o los derechos al cambio de nacionalidad, o los sujetos a su pérdida y recuperación.

2.2.5.3 ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ORIGINARIA O ADQUIRIDA

El derecho interno de cada Estado reglamenta soberanamente la forma de otorgar su nacionalidad, de tal manera que su adquisición puede ser originaria o adquirida, los mecanismos de recuperación y e doble o múltiple nacionalidad.

Igualmente, el desafío tecnológico pone en cuestión estas afirmaciones.

2.2.5.4 CONFLICTOS DE NACIONALIDAD

De la misma manera, los conflictos de la nacionalidad, sobre la persona: Positivos: una persona con varias nacionalidades; Negativos: despojo de nacionalidad a una persona o rechazo de su pretensión de adquirir otra. O, sobre los criterios jurídicos adoptados por cada Estado: Ius sanguinis; Ius soli, no son aplicables en el ámbito virtual.

De la misma manera, es posible que podamos resolver algunos de los conflictos, de crearse una institución internacional oficial, apelando a sistemas validos para solucionar estos, vía:

- Aplicación del mismo sistema a nacionales y extranjeros.
- Acuerdos de principios de reciprocidad.
- Aplicar medidas para atribución de nacionalidad; y
- Evitar imponer nacionalidad sin renuncia previa de la anterior.

Y utilizando instrumentos jurídicos reguladores como los Tratados, Convenios..

2.2.5.5 RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ

La competencia en materia de nacionalidad, y en particular a la nacionalidad virtual le corresponderá al legislador interno; basado en el respeto de los principios de derecho internacional y en el marco de la cooperación internacional. Cada país determinará lo referente a adquisición, pérdida y recuperación de su nacionalidad, como de los conflictos que

ello plantea. Esa libertad del legislador interno obedece a la soberanía del Estado peruano, cualquier sujeto estatal internacional, debe respetar dicha soberanía.

2.2.6 Actos de estado civil

Por oposición al estado político del ciudadano, constituido por la nacionalidad, y por el goce o no de sus derechos, los actos de estado civil comprenden tanto el:

- a. **servicio público** que tiene a su cargo estas funciones, los
- b. **propios actos** como los
- c. **procesos** que de ellos se derivan.

Estos actos tienen por objeto contribuir a **regular y asegurar** la identidad e individualización de las personas físicas.

Los actos de estado civil podrían servirnos para instrumentalizar la identidad digital.

2.2.6.1 EN SERVICIO PÚBLICO DE ESTADO CIVIL

El derecho administrativo organizado sobre la base de dos principios rectores: primero, **el principio de juridicidad**, segundo, **el principio de misión de la administración**. puede contribuir a fijar las normas relativas a la identidad digital.

2.2.6.1.1 Principio de juridicidad

En el **principio de juridicidad** se encuentran presentes dos elementos. El principio relativo a las *fuentes de la juridicidad* propone un primer aspecto. Estas se encuentran formadas por fuentes de rango constitucional, que incluyen no solo la Constitución sino también otras normas de naturaleza constitucional, como Tratados internacionales, los mismos que plantean numerosos problemas jurídicos, y por las normas interregionales vinculantes en un espacio geográfico o funcional dado. Además

de las leyes, las fuentes también incluyen la jurisprudencia administrativa.

El principio de juridicidad, consagra un segundo aspecto referido a las *atenuaciones*, de una parte, por una categoría particular de actos llamados *actos de Gobierno* y de otra, por la *teoría de las circunstancias excepcionales*. Ambas permiten de moderar la aplicación de éste principio.

Ambos elementos: fuentes constitucionales y otras normas, y las atenuaciones por los actos de gobierno y la teoría de las circunstancias excepcionales, favorecen la creación e un espacio de regulación.

2.2.6.1.2. Principio de misión de la administración

El segundo principio rector del derecho administrativo, se refiere a las **misiones de la administración**.

Primero, define el concepto de servicio público y particularmente los *servicios públicos de estado civil*, que ocupan un lugar central en derecho administrativo. La finalidad es presentar las normas fundamentales de derecho específico aplicables a las autoridades administrativas.

Segundo, analiza los principios de la oferta de la administración al derecho, particularmente, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, del principio de legalidad o del principio de responsabilidad.

Finalmente, estudia la acción administrativa a través de los actos de la administración (actos unilaterales y contratos) y las actividades de la administración (servicio público y policía administrativa)

Entre las actividades de la administración, el servicio público es una actividad considerada de *interés general*. Este concepto recurre a una valoración que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente; ella no permite dar una definición perfecta ni objetiva del servicio público. Definir el interés general significaría teóricamente, la propuesta o la adhesión de la Nación a un determinado proyecto social, a una estrategia de desarrollo, ejecutado por un gobierno y en un contexto determinado. Realmente, servicio público, significa lo que el poder público define políticamente

como tal, con el objeto de aplicarle normas específicas, o de integrarlo directamente en el sector público

Las actividades de un servicio público se someten, en algunos puntos, a un régimen jurídico específico. Lo que supone distinguir entre servicio público y sector público, definiendo las funciones y competencias de una colectividad pública (Gobierno Central, Región, Departamento, Municipio) y elegir entre asumir directamente un servicio público o delegar su gestión a un organismo específico del sector público o a un organismo dependiente del derecho privado.

Los registros civiles, por ejemplo, se organizaron, primero, como un servicio público, que ampliaban y asumían la función y competencia eclesiástica local por una laica y administrativa, convirtiendo poco a poco algunos de sus actos religiosos en actos civiles, destinados a producir efectos de derecho civil, incluyendo a los Juzgados civiles, quienes participan en sus juzgamientos. Los municipios, representantes administrativos y locales del Poder Ejecutivo, han sido generalmente los depositarios de estas funciones y competencias, como de la emisión de las partidas civiles.

Este segundo principio rector del derecho administrativo de misiones de la administración, se organiza en base a las definiciones del servicio público y particularmente de servicio público de estado civil, elaborando las normas fundamentales; al análisis de la oferta de la administración a través de la jerarquía de las normas y los principios de legalidad y de responsabilidad y del estudio de la acción administrativa: mediante actos y contratos y actividad de la administración. La actividad del servicio público es considerada de interés general, que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente y elegir entre las actividades del sector y del servicio público. Las actividades de la identidad digital han sido atribuida al RENIEC le mismo que puede organizar esta misión, directa o indirectamente.

2.2.6.2 Los propios actos de estado civil

Los propios actos de estado civil sirven a registrar la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo.

En derecho civil, los actos o los documentos en los cuales se consignan estos son las partidas de estado civil en sentido amplio. En ellas se consignan la existencia o no de la persona física, su presencia física o no. En sentido estricto interesa la persona física como su situación familiar, tal como resulta de la filiación y del matrimonio.

Las partidas de estado civil son los documentos escritos, mediante los cuales la autoridad pública, constata auténticamente los principales acontecimientos del estado de las personas: nacimientos, matrimonios, defunciones. El establecimiento de los registros civiles consagra la transferencia de la función eclesiástica, antes detentada por la iglesia, *latu sensu*, vinculada al cumplimiento de ceremonias religiosas.

Los actos de estado civil representan las acciones practicadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, caracterizadas jurídicamente por: **el formalismo, el valor probatorio y la publicidad**. Los actos de estado civil presentan una característica original, si se les compara por ejemplo a los actos notariales, es que toman en cuenta no solamente los intereses privados, sino también el interés público.

Para la identidad digital debiera igualmente registrarse la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo, su nacionalidad.

Pero también las acciones practicadas por los funcionarios públicos, con conocimientos y formación particular en nuevas tecnologías, respetando las características que ellas deban tener: formalismo, valor probatorio y publicidad. Y tomando en cuenta el interés privado y público..

2.2.6.2.1 Formalismo

Son actos solemnes, es decir, requieren de una forma particular para su existencia, *ad solemnitatem*. No obstante, el derecho no profundizó en esta materia como si lo hizo en otros ámbitos, cuanto a esta exigencia formal, por el riesgo de privar a ciertos individuos de toda prueba de su estado, lo que habría tenido una consecuencia más grave, no solamente para los propios interesados, sino también para la sociedad.

Esta es la razón por la que, aún cuando la existencia de los actos de estado civil pareciera rigurosamente vinculada *adeterminadas formas*, la inobservancia de las mismas es raramente sancionada *denulidad*, pudiéndose plantear la *reconstitución de los actos* si faltaran las formas pre constituidas. Son una especie de actos de formalismo reducido.

Es necesario reflexionar sobre el formalismo de los actos de estado civil, y las entidades que llevarían a cabo éstas.

2.2.6.2.2 Valor probatorio

El funcionario de estado civil es un funcionario público. Posee las mismas características: los actos que redacta son *escrituras públicas*, provistas de un valor probatorio especial que no puede ser enervados sino por decisión de instrumento falso. Ese es el principio, el mismo que no reconoce diferencia entre los registros, ni incluso entre los actos según hayan sido recibidos y entregados por el propio funcionario o por agentes delegados, los mismos que operan bajo su vigilancia y bajo su responsabilidad.

Sin embargo, ciertas distinciones son necesarias para atenuar el alcance de la afirmación precedente. Es necesario separar las declaraciones relativas a la filiación cuyo valor probatorio, en las partidas de nacimiento, se someten a normas particulares. Luego, se distinguirá, de acuerdo con una teoría válida para todas las escrituras públicas, entre las declaraciones en las cuales el funcionario público hace constatar hechos verificados por él mismo, de sus propios ojos, por sus propios sentidos, *propriis sensibus*, en el ejercicio de sus atribuciones de aquellos otros en los cuales sólo reprodujo las declaraciones hechas por las partes, los declarantes o los testigos. Sólo las declaraciones de la primera categoría, las constataadas por él mismo, dan fe hasta que ellas sean sancionadas de falsas; las otras sólo dan fe hasta prueba en contrario.

En consecuencia, dan ciertamente fe hasta prueba de declaración en contrario de falsas: la mención de la fecha del acto, la mención de la identidad y la calidad del funcionario de estado civil, la mención que determinadas personas, indicando tener tal o cual nombre, tal o cual

domicilio, etc., se presentaron ante ese funcionario y le hicieron las declaraciones que figuran a continuación. Pero está claro que esta última mención, no implica ninguna afirmación del funcionario público cuanto al contenido de las declaraciones: la identidad de los interesados (partes, declarantes, testigos) sólo se constata, certifica hasta prueba en contrario. *A fortiori*, sucede lo mismo con la veracidad de los hechos reportados por ellos. ¿Si se produjo un parto? ¿En el día y a la hora indicados? ¿El niño fue del sexo mencionado? Ninguno de estos aspectos tiene en una partida de nacimiento el valor probatorio auténtico, ya que no es misión del alcalde o del funcionario de estado civil de comprobarlos. Los formularios de los cuales se inspiran los municipios tienden a reducir al mínimo las comprobaciones que el funcionario del estado civil toma a su cargo, apenas circunscrito al marco del acto (fecha, lugar, autoridad) de los cuales él asume la responsabilidad; en cuanto al contenido, se limita a recoger estas o aquellas declaraciones de los comparecientes.

Allí, el principio de autenticidad pierde eficacia. Y también, de acuerdo con ésta pérdida general de responsabilidades, se opera una evolución en la concepción del estado civil, representa cada vez más una ventanilla de trámite que una magistratura. Queda, sin embargo, a cargo de los interesados asumir la comisión delitos penales contra la fe pública, si sus declaraciones alteraran la verdad sobre los hechos que los actos tienen por objeto constatar.

El valor probatorio que concierne a los registros de estado civil se extiende también a las *copias* regularmente hechas por los depositarios de los registros civiles municipales. En consecuencia las copias certificadas conformes darán fe ellas mismas, si han sido entregadas por el mismo funcionario de estado civil o por los agentes delegados. Copia puede ser definida como el término genérico, pero podemos distinguir:

- 1° las copias *strictu sensu* o *expediciones*, que reproducen íntegramente los registros;
- 2° los *extractos*, que son copias reducidas (para las partidas de nacimiento y matrimonio solamente). Expediciones y extractos tienen un igual valor probatorio: la de los propios registros.

Igualmente, deberá reflexionarse sobre el agente a quien incumbirá esta: RENIEC, a la Autoridad Nacional de Datos Personales, u otra Institución sobre el valor probatorio atribuible a estos actos y las herramientas tecnológicas necesarias para ello (firmas y certificados digitales, micro formas...)

2.2.6.2.3 Publicidad

Los actos de estado civil no son sólo medios de prueba, sino instrumentos de publicidad sobre el estado de las personas. Existe el interés público para que el estado civil de la persona no sea un secreto, y que determinados terceros, tengan legítimo interés en conocer, además, de sus relaciones personales o empresariales (Ej. Conocer la capacidad de un co-contratante depende de la fecha de su nacimiento, o de su situación familiar). La diferencia es muy marcada con los actos notariales que constatan acuerdos, contratos privados, normalmente sin consecuencias fuera de las partes. Los actos notariales privados, en principio, no deben comunicarse a terceros, mientras que el principio de publicidad se aplica a los actos de estado civil.

Es necesario comprender que este principio no implica, para las personas ajenas al servicio, el derecho de examinar los registros. La publicidad se realiza siempre por entrega de copias íntegras o simples extractos. A este respecto, es necesario distinguir según los actos y según los requirentes.

De la misma manera que para el caso del valor probatorio, deberá reflexionarse sobre los agentes a quien incumbirá esta: RENIEC, la Autoridad Nacional de Datos Personales, u otra Institución y las formas de publicidad de estos actos, las herramientas tecnológicas necesarias para ello (firmas y certificados digitales, micro formas...) y los medios o soportes en los cuales se consignan estos.

2.2.6.3 Los procesos en materia de estado civil

Los registros del estado civil no dan siempre una imagen fiel del estado de las personas. Para mantener una correlación entre la realidad y

su comprobación oficial, es necesario rectificar ciertos actos que se establecieron, o incluso establecer otros que no lo han sido. Pero, ya se trate de *rectificar* los registros o de *suplir*, estos no se realizan tan simplemente como si se tratara de celebrar un acto al mismo momento en que este acontece, y que el funcionario del estado civil esté obligado, por la sola petición de los interesados a registrar sus declaraciones rectificativas o supletorias. La situación no es ya la misma: el servicio de estado civil ha actuado; esta circunstancia promueve nuevas presunciones contra el nuevo acto que se pretende insertar en los registros civiles. Al menos, es necesario un control sobre la sinceridad de lo que se pide, ya que en el intervalo de tiempo que lo separa del hecho registrado debe constatar su justificación, la misma que puede facilitar una maniobra fraudulenta. Este control se confía, en principio, al Juzgado Civil. Existen así *juicios rectificativos* y *juicios supletorios* de los actos de estado civil.

Igualmente, será materia de análisis la forma en que deban resolverse los procesos en materia de identidad digital.

2.2.6.3.1 Procesos rectificativos

Estos juicios son regulados por el Código Civil, los cuales pueden producir dos clases de *casos*. Primero, de corrección de una irregularidad surgida **al momento** de la redacción del acto: declaración incompleta, superabundante, o inexacta; sin que sea necesario distinguir entre errores voluntarios o involuntarios. Segundo, se trata a veces de armonizar el acto con nuevos hechos, la inexactitud a rectificarse no se ha manifestado sino **posteriormente** a la redacción (Ej. Autorización de cambio de nombre).

La dificultad mayor consiste en determinar si la acción incoada no tiende en realidad a rectificar el *acto* del estado civil, si ella no ataca al *estado* constatado por el acto, y, en particular, por ejemplo, de una partida de nacimiento de filiación que el acto atribuía al niño. Es que la vía de la acción de rectificación de los actos de estado civil es más fácil - tanto por las condiciones de admisibilidad cuanto por el procedimiento - si la comparamos a las acciones sobre el *estado* constatado del acto. De ahí la

tentación, por los interesados, de disimular una verdadera acción en reclamación o conflicto del *estado* bajo el trivial supuesto de una acción en rectificación de la partida de nacimiento. Ello no es admisible, pero, para impedirlo, es necesario poder distinguir dos especies de acciones.

Es cierto que un niño extramatrimonial natural no puede, vía rectificación, pretender añadir a su partida de nacimiento el nombre de su supuesta madre o padre; necesita, en primer lugar, ejercer una acción de búsqueda o reconocimiento de maternidad o paternidad, o hacer constatar la posesión del *estado* del cual se prevalece. Pero otras posibilidades son más sutiles. La idea general es que la vía de la rectificación debe reservarse a las hipótesis en la cual es necesario hacer coincidir el acto material con lo que se considera la verdad jurídica, si bien se suprime una mención que era jurídicamente ineficaz (Ej. En la partida de nacimiento de un niño natural, la mención de un padre que no lo reconoció), o que se inserte una mención que no hace sino traducir un *estado* determinado según la ley (Ej. En la partida de nacimiento de un niño, la mención que la madre no es soltera, sino casada, si se aporta la prueba del matrimonio, observándose que la mención así insertada no podría bastar para establecer la paternidad del marido).

Las instituciones a cargo de registro u otras a quienes se atribuya competencia deberá proponer los procesos rectificativos, contenciosos

2.2.6.3.2 Procesos supletorios

Es posible suponer que no hay actos de estado civil regularmente establecidos originalmente, o que no subsisten ya, lo que puede plantear varias clases de hipótesis.

- a) Es la hipótesis cuando falta la declaración de estado civil como consecuencia de un caso de fuerza mayor. El juicio que demuestra el hecho alegado se transcribirá en los registros.
- b) Una segunda hipótesis es aquella cuando los hechos que deben constatarse no han sido puestos a conocimiento del funcionario

del estado civil, a su debido tiempo, en particular, si no se declaró un nacimiento en los sesenta días de producido éste.

La omisión no puede ya ser reparada por una declaración tardía: es necesario un proceso. Este juicio declaratorio, que tiene valor de acto del estado civil tendrá autoridad *erga omnes*.

- c) Puede darse el caso aún de una tercera hipótesis: que el acto del estado civil no haya podido redactarse en el momento por falta o ausencia de algunas condiciones, legalmente requeridas para establecer ésta. Esta hipótesis se refiere, en la práctica, a las defunciones, siempre que no haya sido posible de encontrar el cadáver. En efecto, la partida de defunción, no puede redactarse mientras que el funcionario de estado civil - o un médico - verifique el deceso. Aún aquí, será necesario un juicio declaratorio de muerte, con sentencia firme, después del procedimiento que tiene por objeto hacer aparecer la certeza del acontecimiento. El juicio declaratorio de muerte, que participa de la naturaleza de los actos de estado civil, será oponible frente a terceros.
- d) Finalmente, el juicio de adopción plena, una vez transcrito, celebra “ficticiamente”, la inscripción de una partida de nacimiento.

Será necesario prever la resolución de procesos supletorios, si los casos lo ameritan, y las posibilidades de apelación en fueros comunes o especializados

2.3 Derechos de la personalidad, libertades e igualdades

La doctrina guarda clásicamente bajo esta expresión, o su equivalente *derechos fundamentales o primordiales*, ciertas prerrogativas de la persona suficientemente precisas en su objeto.

Elas son sensibles de constituirse en *derechos de la personalidad* o derechos subjetivos (2.3.1.).

Las libertades son definidas como posibilidades de actuación de las personas, *libertades individuales*, las mismas que no tienen objeto de con-

vertirse en derechos subjetivos, son sobre todo derechos “virtuales”, posibles (2.3.2).

La igualdad, y la *igualdad civil* en particular, existen como consecuencia del principio de libertad (2.3.3).

2.3.1 Derecho de la personalidad

En párrafos anteriores hemos evocado algunos derechos subjetivos, como *el derecho a la vida y a la integridad física*, a los cuales nos hemos referido en relación al cuerpo humano, o *el derecho al nombre*.

Existen otros derechos aún más recientes que podríamos asociarlos como derechos de la personalidad, como el

- a. *derecho a la imagen de la persona o el derecho sobre la imagen;*
- b. *el derecho al honor* o aun
- c. *el derecho a la intimidad.*

Sobre estos conviene hacer algunas puntualizaciones relativas a las nociones de identificación y de identidad.

La identidad digital, no limita, en principio, estos derechos atribuibles a la personalidad, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital.

2.3.1.1 DERECHO A LA IMAGEN

Para Rubio Correa el derecho a la imagen: “Es el que tiene la persona para usar su propio cuerpo, sus imágenes y sus reproducciones y la prohibición de que se utilicen sin su consentimiento”. Para García Toma, citado por Rubio Correa, el derecho a la imagen consiste: “En la facultad que tiene cada persona para autorizar o prohibir que su figura sea reproducida con fines lucrativos o sin ellos... La imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de su posterior representación”.

Sin embargo, si bien es comprensible y respetable la opinión de tan connotados juristas, a nuestro criterio, el derecho a la imagen puede ser

estructurado específicamente, bajo un doble aspecto: a.1. El derecho a la imagen de la persona, como a.2. El derecho sobre la imagen.

Actualmente, no cabe duda alguna sobre si la imagen puede ser objeto de protección, y si este puede concebirse, particularmente, vía el derecho de autor. Aun cuando subsistan algunas interrogantes sobre quién es el titular de este derecho, bajo qué régimen legal se regula y según qué tipo de obra. Podemos concluir, en principio, que el titular *sobre* la imagen captada es el fotógrafo, el camarógrafo, el periodista, el informático quien detenta la titularidad.

La duda es anterior a la toma de la imagen. Ella porta sobre dos derechos, aparentemente contradictorios: el derecho de las personas a su imagen, y el derecho del público a la información. En virtud del primero, derecho a la imagen, ha sido reconocido legislativa como jurisprudencialmente que toda persona tiene sobre su imagen, y sobre el uso que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible contra terceros para su difusión (comunicación al público o reproducción), basado en el derecho al respeto de su intimidad o privacidad.

A fortiori, la persona amenazada o vulnerada en su derecho, puede prohibir que su imagen sea publicada en la prensa o expuesta a la vista del público. No es necesario para ello que terceros hayan actuado con mala intención. Aún cuando, se alegue un móvil legítimo (motivos de índole informativo, científico, didáctico o cultural y aún si estos se relacionan con hechos o ceremonias de interés general celebradas en público), o que en otros casos no se justificaría. (Ej. El periodista cuyo objetivo es informar a la opinión; el artista que practica su arte). El titular del derecho a su imagen podrá obtener por la lesión causada, reparación por daños y perjuicios y adicionalmente pedir al juez, que en el futuro, cese toda publicidad causada a su imagen y, si fuere necesario, ordenar la destrucción de los negativos, copias.

Si nos ubicamos desde la perspectiva del **segundo**, por el derecho a la información, toda persona tiene la facultad de ser informado como a informar; acorde, obviamente, a las normas regulatorias de la profesión y deontológicas, y a las normas que rigen el derecho de la persona.

En el 1. Derecho a la imagen de la persona, se plantean dos aspectos:

de un lado: autorizar o impedir la reproducción y difusión de su imagen, incluyendo la voz;

de otro lado, autorizar o impedir la reproducción y difusión de la imagen de los bienes que éste posea, tomada sin o con su consentimiento por terceros.

En el 2. Derecho sobre la imagen, se plantean dos aspectos, primero, el derecho de terceros, a informar, difundir o publicar la imagen de una persona, y/o de su voz, mediante cualquier soporte o medio, onerosa o gratuitamente; segundo, el derecho a reivindicar la propiedad intelectual sobre ésta.

2.3.1.1.1 Derecho a la imagen

2.3.1.1.1.1 Derecho a la imagen de la persona

Se plantean dos aspectos en el derecho a la persona:

1. A la imagen de la persona física, y el relativo
2. A la imagen de los bienes de la persona.

2.3.1.1.1.1.1 Concepción

El derecho a la imagen es una construcción esencialmente pretoriana, surgida de la preocupación de las personas públicas de luchar contra ciertas prácticas de la información, la comunicación, la prensa en general, al acecho de la imagen, como del aporte del derecho penal, por los daños causados contra estas personas.

El principio puede ser expresado de la siguiente manera: “Toda persona tiene, sobre su imagen y sobre la utilización que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible a su difusión sin su autorización”

Este derecho es extensible a la imagen sobre su patrimonio; podemos incluirlo entre los derechos de la personalidad.

2.3.1.1.1.2 Respeto sobre la reproducción y difusión

Toda reproducción y difusión de la imagen de una persona o de su patrimonio, supone, en principio, consentimiento por parte del interesado o de su representante legal, si está **vivo**; o si ha **muerto**, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden; inclusive, mediante la intervención del poder público.

Y es precisamente en la autorización que estriba el obstáculo para la aplicación de éste derecho a la imagen: en el alcance que ésta tiene para el propio interesado como en la habilitación a terceros para concederla, tratándose particularmente de la imagen de menores o incapaces mayores.

2.3.1.1.1.2 Derecho a la imagen de los bienes de la persona

No se trata estrictamente de un derecho a la imagen, sino de una extensión del derecho de propiedad, en particular, el derecho de uso, de goce y de transferencia (*usus, fructus, abusus*). El supuesto se basa en que el derecho de propiedad de la persona se extiende a la imagen de los bienes de ésta.

En el caso de figura, cuando un bien mueble o inmueble perfectamente identificable es objeto principal de una imagen, y que el fin de esta imagen es ser explotada comercialmente, mediante su reproducción y difusión; pero también puede ser aplicable a la imagen de un animal de compañía.

Su fijación sobre cualquier soporte, en la expectativa de venta - o indirectamente, como apoyo a una campaña publicitaria de un producto o de un servicio - permite al propietario de esos bienes, y por extensión a la imagen sobre ellas, de ejercer el derecho positivo a la imagen, de explotarla; como negativamente, de oponerse a su explotación no autorizada, aun cuando la jurisprudencia ha supeditado el reconocimiento de una amenaza al derecho a la imagen del bien "...si esta presentara una perturbación anormal para el propietario".

2.3.1.1.1.2.1 Explotación sin autorización

2.3.1.1.1.2.1.1 Ausencia de turbación o perturbación anormal

Según la jurisprudencia europea, los propietarios de un bien no tienen derecho exclusivo sobre la imagen de ésta. Pueden, no obstante, oponerse a la utilización de la imagen sobre sus bienes por un tercero cuando le ocasiona una turbación o perturbación anormal. Es el caso de la elaboración de prospectos publicitarios destinados a la comercialización de bienes inmuebles en los cuales se incluyen imágenes - además de la información relativa a la implantación de la futura residencia y sus ventajas - reproduciendo bienes públicos o privados, cercanos a la obra, con el fin de revelar el medio favorable de la futura residencia, sin que la reproducción se haya realizado sin autorización del propietario. Habría que juzgar si la reproducción del bien inmueble sin el consentimiento de su propietario prefigura la existencia de una turbación o perturbación anormal.

Ello tampoco indica diferencias de tratamiento entre los distintos usos posibles de la imagen de un bien: uso publicitario o comercial y uso con finalidad artística o informativa, aunque aparentemente no debieran ser sometidos al mismo régimen.

2.3.1.1.1.2.1.2 Utilización publicitaria de la imagen

En el caso de la utilización de la imagen de un bien privado con fines comerciales que afecta el derecho de goce de los propietarios de este bien, implica - para estos últimos- un perjuicio evidente, si estos no han manifestado su aprobación para que sea fotografiado y sirva de base a un anuncio publicitario.

2.3.1.1.1.2.1.3 Reproducción de imagen accesoria

Si generalmente, el derecho de propiedad autoriza a oponerse a que un tercero utilice la imagen de un bien con fines comerciales, ciertas imágenes constituyen solamente elementos accesorios de la representación prin-

cial, siempre y cuando la configuración de la imagen, no porte ninguna confusión posible. En este caso no se afecta los derechos de los propietarios.

2.3.1.1.1.2 Explotación con autorización

En estos casos se plantea la utilización de la imagen de un bien privado o público con fines comerciales o no. Si se trata de la comercialización de la imagen antes habría de preguntarse si esta tiene vocación de circular, de ser intercambiada y si el derecho autoriza su comercialización.

Si la imagen es el reflejo, y en consecuencia accesorio de la persona, jurídicamente ella se emancipa de ésta. Sin embargo, no es ese el caso, el accesorio no sigue al principal. De otro lado, el derecho a la imagen ha sido clasificado entre los derechos vinculados a la personalidad pero esta clasificación es atípica, porque, según algunos autores, los derechos de la personalidad: “son sobre todo extra patrimoniales, concebidos como derechos puros, intactos de toda alianza con el dinero que los envilece”.

Respecto a la imagen, podríamos decir que se trata de derechos de la personalidad particulares, que tienen una dimensión patrimonial? La imagen es tratada como un bien pero se encuentra ligada de tal manera a la persona que el derecho rehúsa de admitir que pueda existir un derecho de propiedad sobre la imagen. Sin embargo, nos parece admisible de reconocer a cada cual un derecho de propiedad sobre su imagen. Quizás este es el mayor desafío que no presenta la evolución del hombre, la sociedad y el derecho. Es interesante constatar, no obstante, que este derecho tiene enormes similitudes con el derecho de autor. Tratándose de la imagen de la apariencia física, podríamos hablar entonces de obra original y personal? O puede ser percibida como un bien incorporeal, si admitimos la idea de un derecho de propiedad sobre el cuerpo - como emanación de éste - susceptible de ser separada de su elemento material y difundir la imagen de la apariencia física, como un bien cuyo propietario es la persona?

De allí la exigencia en la explotación por el propietario de la imagen o con su autorización, de un doble consentimiento del titular cuanto a la captación de su imagen y cuanto a su utilización.

2.3.1.1.2 Derecho sobre la imagen

El alcance del derecho sobre la imagen, está marcada por dos rasgos: de excepción, por el derecho a la información, y de propiedad intelectual otorgado por el derecho de autor.

2.3.1.1.2.1 Excepción por el derecho de información

Sobreviene cuando:

- La imagen ilustra o cuestiona un tema de actualidad, o
- Un tema histórico-político.
- Cuando la reproducción de la imagen de la persona es accesoria a la imagen central, o
- También cuando la persona no es identificable en la imagen en cuestión.

2.3.1.1.2.1.1 Ilustración de un tema de actualidad

El reconocimiento del derecho a la imagen acentuó la tentación, de todo individuo, personaje conocido o anónimo, de recurrir a la comercialización de su imagen. El objeto del derecho a la información intenta corregir este descontrol, permitiendo de atenuar el absolutismo de este derecho. Los órganos jurisdiccionales europeos operaron, después del año 2000, un cambio notable, bajo las considerandos del Convenio europeo de los derechos humanos, y en el artículo 10, mediante una excepción al derecho a la imagen, basada en las exigencias de la información del público y de manera más concreta por la necesidad de dar cuenta (a.1) de un tema de actualidad, (a.2) bajo reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

2.3.1.1.2.1.1.1 Condición de actualidad

El derecho a la imagen no puede obstaculizar la difusión de la imagen de una persona fotografiada, célebre o desconocida, vinculada a un

acontecimiento o a un asunto judicial, como autor, víctima o testigo necesario para los requerimientos de información. De esta manera, se origina el principio que la libertad de comunicación, de información autorizan: la publicación y difusión de imágenes de las personas vinculadas a un acontecimiento, bajo la sola reserva del respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, tres observaciones deben ser formuladas respecto a este principio de libertad de ilustración por la imagen a un tema de actualidad:

- a.- La adecuación entre la imagen y el artículo,
- b.- Los términos de la difusión,
- c.- La importancia del acontecimiento.

No obstante, la doctrina se permite una reserva:

2.3.1.1.2.1.1.2 Reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

Toda imagen que responda a la condición de actualidad no será necesariamente legal si:

- i) Afecta la dignidad de la persona o si el
- ii) Espíritu de la imagen es poco respetuoso de esta persona. Ambas circunstancias particulares pesarán en la
- iii) Evaluación del prejuicio sufrido por la persona.

2.3.1.1.2.1.2 Ilustración de un tema histórico político

Si en la hipótesis anteriormente evocada, la imagen de una persona no es difundible cuando ella no ha sido autorizada ni ilustra un acontecimiento de actualidad, es que ésta lo es cuando se inscribe en la perspectiva de ilustración de acontecimientos históricos?

La respuesta es sí, ...en principio. Así lo confirma también la jurisprudencia europea sobre la cuestión, en razón del tiempo transcurrido y del cambio de las circunstancias que rodearon la toma de esas imágenes y

la actualidad, y que pueden publicarse sin su consentimiento. Su divulgación, aún repetida, es lícita y no requiere consentimiento del interesado, en tanto la reproducción intervenga *siempre* en el marco de los acontecimientos a los cuales se reporta la imagen, con el único fin de *ilustrar la memoria de aquellos acontecimientos que pertenecen a la historia*.

Doctrinariamente, la información histórica y también la información política se mencionan explícitamente como excepciones al derecho a la imagen. En estos casos la imagen de la persona no debe ser desvalorizante, humillante ni ridícula, y que incluso el pesado simbolismo que pudiera representar no es susceptible, en un tal contexto de difusión, de causar ningún perjuicio.

2.3.1.1.2.1.3 Individuo “accesorio” de la imagen central

La teoría de la imagen accesoria permite de sobrepasar el derecho a la imagen, cuando la toma no se centra sobre la persona sino sobre un acontecimiento de actualidad. Los juzgamientos sobre la materia no son aún estables, más bien son contradictorios. Sin embargo, la idea de base sigue siendo la amenaza o el ataque a la vida íntima/privada de la presunta víctima y la falta de autorización de los interesados.

2.3.1.1.2.1.4 Individuo no identificable

En este caso de figura, tanto la doctrina como las decisiones jurisprudenciales descartan la aplicación del derecho a la imagen, cuando la persona no es identificable. Por eso, *a contrario*, algunos magistrados precisan, en particular, con respecto a personas fotografiadas en una manifestación pública, que el derecho a la imagen opera para la difusión de la imagen “de un individuo fácilmente identificable”.

Este carácter no identificable es a veces el corolario del carácter accesorio de la persona sobre la toma. Pero puede resultar de la toma, de tres cuartos, por ejemplo, o de las técnicas de opacidad de los rostros. Los magistrados consideran, en efecto, que la violación del derecho a la imagen supone que un lector normalmente atento pueda distinguir las

características de la persona representada para poder reconocerla. En este caso concreto, incluso después de un examen minucioso de las tomas y después de una comparación con las fotografías proporcionadas por la víctima, será o no posible de reconocer e identificar a ésta, su silueta o la indumentaria llevada por el personaje en cuestión.

Finalmente, ningún órgano de prensa puede alegar un carácter no identificable de la persona, sobre todo en el caso de niños, cuando en la descripción o artículo que acompaña a las tomas se mencionan a sus padres y se evocan sus nombres y sus edades. Este mismo caso de figura puede ser aplicable para las personas bajo tutela o curatela.

2.3.1.1.2.2 Propiedad intelectual

En el segundo caso, la extensión de los derechos de propiedad sobre la imagen es también contemporánea de la aplicación del artículo 10 del CEDH con un uso más sistemático por los Tribunales nacionales, en relación a la libertad de expresión. Ella beneficia de la propiedad intelectual que le otorga el derecho de autor. La imagen no es ni más ni menos que un modo de expresión, en este aspecto, sin duda, supera el simple marco de la ley de prensa.

La fotografía de una obra puede ser protegida por los derechos de propiedad intelectual, o la misma fotografía, protegida en tanto que obra. Cabe en este caso, exigir una doble autorización de la obra, tema de la imagen y la del fotógrafo. En el caso de una obra colectiva, será necesario el acuerdo de todos los autores, bajo reserva del carácter original de la obra. Sobre este último criterio y para mayor seguridad, debe darse por sentado que una obra es, en tanto que tal, original ya se trate de fotografía o de la obra tema de la foto.

La protección de los derechos de autor patrimoniales de un autor individual se realiza durante toda la vida de éste y 70 años después de su muerte por sus causahabientes. Después de este plazo, la obra cae en el dominio público, subsistiendo solo el derecho moral inalienable. La solución es la misma para los edificios públicos, u otras del espíritu físicas.

Los derechos patrimoniales de los arquitectos pueden haber sido cedidos contra remuneración, en cuyo caso convendrá tornarse hacia los propietarios o el Estado para obtener la autorización de la imagen, no obstante, quedan vigentes el respeto de los derechos morales del arquitecto.

Concerniente a los bienes privados como públicos sobre los cuales existe un derecho de propiedad intelectual, puede haber un conflicto entre los titulares del derecho. Entre el titular del derecho de autor y el derecho del propietario, por ejemplo. La cuestión podría resolverse de la siguiente manera: dado que el objeto principal de la imagen es el bien, la protección juega a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual, el derecho moral frente, debe sin embargo, ser ejercido en el respeto de los derechos del propietario e inversamente. Una vez que la obra ha caído en el dominio público, ella puede, no obstante, puede ser sometida aun a los derechos de autor, además del ejercicio y la observancia de los derechos morales. Un ejemplo es la Torre Eiffel, que puede ser libremente fotografiada y filmada en el día pero por la noche, cuando se ilumina, deviene una nueva obra.

Tratándose de imágenes sometidas a un derecho de propiedad intelectual, bajo las reservas legales de que sus obras pueden ser calificadas de originales en el sentido de la jurisprudencia y que el período de protección no haya expirado de conformidad con el Decreto Legislativo 822, una corriente doctrinal y jurisprudencial invita al derecho a adaptar el concepto de cortas o breves citaciones a la obra artística basándose sobre todo en el tamaño reducido de la reproducción.

El Artículo 43º, incisos a), b) y g) del Decreto Legislativo 822 Ley sobre derecho de autor indica que es permitida sin autorización del autor las breves reproducciones:

“a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de **breves extractos** de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra

transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

b) La reproducción por reprografía de **breves fragmentos** o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal. (El subrayado es nuestro)...

g) La reproducción de las obras del ingenio para uso privado de los invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa. Ley 27861 modificatoria del DL 822, justificada por el carácter educativo, científico o informativo de la obra citada. Tales prácticas no apuntan, en nuestra opinión, a competir con los fotógrafos, sino de ilustrar algunos artículos, ellos mismos protegibles por la propiedad literaria, reproduciendo varios clichés,

Mejor aún, la Directiva europea de mayo 22 de 2001, relativa a la armonización del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, el artículo 5, 3, d) no ha incluido el adjetivo «corta» para calificar la excepción del derecho de cita. Este artículo exige la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra citada.

Por otra parte, el artículo 5, 5 de la Directiva europea de mayo 22 de 2001 introdujo la triple prueba de la Convención de Berna. Esta técnica inspirada por «uso justo» “fair use» del copyright americano, plantea interrogantes sobre las consecuencias de utilizar el trabajo de terceros. La Directiva establece que «las excepciones al derecho de autor son aplicables en ciertos casos especiales que no afectan a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho».

Una parte de la jurisprudencia francesa y la doctrina reivindica este razonamiento económico. La reproducción de fotografías de manera razonable y no competitiva podría así ser admisible en consideración al derecho comunitarios europeo.

2.3.1.2 DERECHO AL HONOR

2.3.1.2.1 Definición

Toda persona tiene el derecho a exigir que terceras personas respeten su honor. El concepto de honor es difícil a definir, reside en cada persona, en el sentimiento que esta tiene de su propia dignidad; y en los terceros, en la impresión que estos tienen de nuestra dignidad, según Muñoz Peralta, y otros. José Urquiza, clasifica el honor dividiéndolo en honor subjetivo, honor propiamente dicho y en honor objetivo, la buena reputación. Si aceptamos esta clasificación, el honor, en sentido subjetivo, podría ser definido como “...la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás”, es el propio sujeto quien se evalúa. Bernal, confirma esta opinión sosteniendo que “el honor (subjetivo) es el sentimiento de auto-estima; es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación”.

Por el contrario, el honor objetivo, la buena reputación, es la impresión, la valoración que los demás tienen o suponen tener de un individuo. Ambas percepciones del honor, son realmente subjetivas, pues en los dos casos la valía de una persona se aprecia por ella misma o por terceros. La sola diferencia es que la reputación se adquiere, se construye mediante los hechos sociales de los cuales da cuenta una tercera persona.

La buena reputación es según García Toma, “... la opinión cierta, evidente y favorable que lo congéneres tienen de nuestra persona. Alude a la celebridad, renombre o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc.”.

En conclusión, el honor y la buena reputación son derechos complementarios de la persona, pues ambos se refieren a su valoración desde el ángulo de dos agentes diferentes. El primero, se refiere al sentimiento de auto valoración de la propia persona; el segundo, a la valoración de una persona por terceros.

2.3.1.2.2 Amenazas

Las amenazas al honor toman el nombre técnico de **difamaciones** cuando resultan de la alegación o la atribución de un hecho, sea éste verdadero o falso. No son sino **injurias**, cuando resulten simplemente expresiones ultrajantes; en el caso de la **calumnia**, en términos de menosprecio que no consignent ningún hecho, o de atribución de delito. La injuria, la calumnia y la difamación constituyen infracciones penales, previstas y castigadas, cuando hayan sido públicas, o publicadas. Ver los artículos 130, 131, 132 del Código Penal Peruano

Históricamente, los delitos referidos al honor y a la prensa han sido estrechamente vinculados, en una relación antagónica, la protección del honor de los individuos que limitan la libertad de la prensa, y recíprocamente. Pero pueden considerarse también como faltas civiles: en el ámbito del derecho civil, la víctima podrá obtener, no solamente daños y perjuicios en reparación de la lesión causada, sino la aplicación de otras medidas susceptibles de impedir que ésta continúe, verbigracia, supresión de un escrito injurioso, calumnioso o difamante. Se admite que el ataque lanzado contra el honor de una persona sólo tiene el carácter de una falta tanto como la intención del autor del daño, si fue inspirado por la mala fe.

Lo que es comprensible psicológicamente, para el ofendido como para el ofensor, es que la ofensa se encuentra menos en la materialidad de las palabras o gestos que en la intención que los anima; sólo existe verdaderamente injuria allí donde hay afectación e intención señalada de insultar, *el animus*, el espíritu que guía el acto.

2.3.1.3 DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

La primacía de la vida privada prohíbe, en principio, toda intrusión indiscreta, mientras que la vida pública, es la excepción: ellas se encuentran abiertas a la curiosidad de todos. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. Esta proclamación figuraba ya en 1950 en el texto del Convenio europeo de protección de los derechos humanos (Art. 9). Sobre

ésta, es necesario examinar, cuanto a las fuentes americanas, su afirmación legislativa y jurisprudencial respecto del:

- i. Concepto de vida privada,
- ii. La difusión de informaciones,
- iii. Las excepciones, y los
- iv. Rasgos comunes al derecho de la personalidad.

2.3.1.3.1 Concepto de vida privada

Según las *interpretaciones*, legislativas y jurisprudenciales, podemos clasificarlas en dos grupos:

Según el *modo de vida*, cada individuo, en cuanto persona libre del ejercicio de sus derechos, elige vivir como mejor le place: trabajar o no; ser o no una persona pública o privada; de casarse o continuar célibe, etc.; los ejemplos son múltiples. Cada individuo ejerce un tipo de libertad, pero esta libertad es incompleta, parcial; ella se desarrolla en sociedad. El vivir en determinado lugar, el poseer determinados animales de compañía, obliga a su titular a observar un modo de vida compatible con la vida en comunidad.

La *esfera de intimidad*, corresponde a los requerimientos del individuo de conservar una esfera secreta de su vida desde la cual puede impedir el ingreso o mantener alejados a terceros. La doctrina moderna le reconoce así un derecho al respeto del carácter privado de su persona, un derecho a ser dejado solo (to let be alone); ese en el fondo su libertad. A veces se ha vinculado a ésta las prerrogativas por las cuales el individuo se opone a que su nombre o su imagen sean libradas a la publicidad - acciones que a otros les servirán para basar sus derechos primordiales de la personalidad. Lo que se evidencia específicamente - porque ni el derecho al nombre ni el derecho a la propia imagen podrían ser defendidos - es el derecho del individuo a impedir que su vida íntima, incluso con nombres cambiados, no sea recuperada por escritores, poetas o romanceros, de manera explícita o velada. La esfera de intimidad puede ser defendida incluso en caso de beneficencia.

2.3.1.3.1.1 Elementos conceptuales

Si consideramos que la definición de la intimidad es la parte más reservada o particular de los pensamientos, afectos o “asuntos interiores” de una persona, es fácil deducir que solo tendremos acceso a esa información con la autorización de su (s) titular (es), por el valor moral, social, político u otro que guarda dicha información.

El derecho a la intimidad, a la privacidad, no ha sido entendido siempre de la misma manera. Surgió primero como derecho pretoriano, para posteriormente devenir general, y enseguida, derecho positivo. Una concepción moderna sobre el tema fue realizada por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis el año 1890 en el artículo intitulado «The Right of Privacy” publicado por la revista americana Harvard Law Review.

El Juez Cooley lo define como: “...el derecho que tiene cada individuo de permanecer aislado, de permanecer solo, y no ser impelido a la publicidad”.

Los ordenamientos jurídicos basados en el derecho civil, no han adoptado un modelo general de la personalidad, sino que reconocen legislativamente un número ilimitado de derechos de la persona; modelo diseñado por el código civil peruano.

El desarrollo de la jurisprudencia ha influido en el desarrollo del derecho a la privacidad superando la limitación conceptual producto de su traducción literal, dando paso al derecho general de la personalidad.

Según Morales Godo,

“...tres aspectos fundamentales integran la noción de intimidad:

1. Tranquilidad: el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud.
2. Autonomía: la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia. La autonomía está referida, entonces a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto de su vida;.... optar libremente por las distintas posibilidades que le ofrece sus circunstancias, y ello implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones.

3. Control de la información: Existen dos aspectos sobre este punto: de un lado, la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada y del otro, la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero”.

2.3.1.3.1.2 La intimidad personal y la privacidad familiar

2.3.1.3.1.2.1 Las normas

La Legislación peruana establece dos aspectos complementarios en la noción de intimidad: la *personal* y la *familiar*.

El Art. 20 Constitución peruana vigente señala:

Toda persona tiene derecho a: (...)

7.- a la intimidad personal y familiar....

El respeto de la vida privada es objeto de un derecho subjetivo, que, por su naturaleza, se encuentra próximo de los derechos de la personalidad anteriormente analizados. Se reconoce este derecho a todas y cada una de las personas físicas, incluso a los que son incapaces de ejercerlo personalmente. No es, sin embargo, contra terceros, ni en general contra los titulares de la autoridad parental, que un menor o un incapaz pueden reclamar una vida privada autónoma.

El respeto de la vida privada se traduce esencialmente por un deber de abstención: es imperativo dejar solo, tranquilo al individuo. Esta tranquilidad representa el valor psicológico protegido, reviste aspectos múltiples y concretamente diferentes: permanecer desconocido; no ser espiado, seguido, solicitado, cuestionado; no escuchar pronunciar su nombre en público; ni ver revelada su biografía o su genealogía, el estado de su fortuna o sus deudas; ni relatarse los actos de su existencia diaria, etc. Pero la referencia hecha a la vida privada señala muy claramente que la vida pública permanece fuera de la protección legal. La dificultad consiste entonces en trazar entre los dos una frontera válida.

Los hombres políticos, los literatos o las estrellas del cinema, radio o televisión, detrás de su vida pública, observada por todos nosotros, tienen una vida privada, que pueden desear preservar. Igualmente, los personajes históricos pertenecen a los historiadores en su vida pública y a sus familias en su vida privada. Los profesionales de la indiscreción se oponen, sin embargo, indicando que la disociación es artificial; que la vida privada contribuye a esclarecer la vida pública; que aquel que pretendió ser célebre, renuncie a prevalerse de una esfera de intimidad.

Aquí podemos observar que libertades antagonistas, o incluso derechos, pueden neutralizar el derecho al respeto de la vida privada: así, la libertad de la prensa o aquel de la investigación histórica, y de manera más general la libertad de la información puede imponer un determinado estilo de vida.

De igual manera, el código civil vigente, en su artículo 14° define: la intimidad de la vida personal y familiar.

Para Carbonell Lazo, y otros: “El derecho a la intimidad comprende no solo los aspectos de la propia vida personal, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo”

2.3.1.3.1.2.1.1 Intimidad personal

Según Bernal Ballesteros, la intimidad personal “Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares”.

Al hablar de intimidad personal nos estamos refiriendo a ciertos datos y comportamientos propios de cada persona que, como mencionamos anteriormente, las reserva solo para sí, ya sea por la delicadeza del dato o comportamiento; o porque la persona simplemente, quiere mantenerlos reservados y por lo tanto ajenos del conocimiento de terceros inclusive de sus mismos familiares.

2.3.1.3.1.2.1.2 *Intimidad familiar o privacidad*

En relación a la intimidad familiar o privacidad, Bernal Ballesteros sostiene que “... son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia; las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc.”

Por su parte Manuel Cepeda, defiende la protección del derecho a la intimidad familiar: “De esta manera se protege el núcleo fundamental de la sociedad donde se puede enriquecer la vida humana”. En este caso se protege aquellos datos y asuntos que surgen al interior del hogar producto de las múltiples relaciones de sus miembros.

Es lógico que se proteja la intimidad familiar, puesto que es en el interior de la familia donde sus miembros producen una variedad de situaciones y relaciones de incomparable intensidad, diferente a aquellas relaciones que puedan tener cada uno de sus miembros con terceros.

Cuanto al soporte, no es necesario que la indiscreción provenga de un órgano de prensa, *stricto sensu*, para ser procesado por ataque a la vida privada. El soporte de la información es indiferente del acto ilegal, puesto que un atentado contra la vida privada puede reprocharse con motivo de la difusión de información controvertida. No hay tampoco, ninguna oposición sobre el soporte electrónico ni la difusión numérica de la información para impugnar la invocación de los artículos legislativos pertinentes.

2.3.1.3.1.2.2 *Las sanciones*

2.3.1.3.1.2.2.1 *Civiles*

De la concepción de la vida privada prevista por la Constitución y el Código Civil en materia de derecho subjetivo, se deduce que la norma se aplica desde la amenaza o la comisión de la infracción. No es que el sistema de protección en adelante se traslade a los arts. 1969, 1970: la alusión a la reparación del daño pone de manifiesto que no es el caso. Lo que es nuevo, es que la sola comprobación de la lesión indica presunción de perjuicio moral y existencia de delito.

Otra novedad, que tiene seguramente un mayor alcance práctico, es el refuerzo de las sanciones (*lato sensu*). En esta clase de proceso, las eternas condenas pecuniarias en forma de daños y perjuicios son poco eficaces. La tendencia es a la demanda de reparación en especie, y sobre todo una acción preventiva destinada a adelantarse a las indiscreciones, vía medidas cautelares como embargos, o secuestros u otras sobre los diarios, libros, películas, conferencias, etc., que afectan la vida privada, e inclusive los equipos y material.

2.3.1.3.1.2.2 Penales

Este derecho ha sido tipificado también en el código penal, en los artículos 154° al 158° Desde una pena privativa de dos años, que puede ser mayor de probarse circunstancias agravantes, o según el estatus del agente o el uso indebido de archivos computarizados. Estos delitos son perseguibles por acción privada.

2.3.1.3.2 Difusión de informaciones relativa a la vida privada

La difusión de informaciones relativas a la vida privada supone una: 1. *Autorización*. Pero a su vez co-existen una serie de normas específicas que regulan la autorización exigible sobre la vida privada de las: 2. *Personas menores o incapaces mayores*.

2.3.1.3.2.1 Autorización

Las normas precedentemente aludidas y las decisiones de justicia nos recuerdan el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, fijando ella misma los límites de lo que puede ser o no publicado. Ello significa que toda revelación de un elemento de la vida privada de una persona supone una autorización, excepto presunción de explotación anónima. La autorización debe contemplar con precisión el alcance de la publicación, de ahí el interés de un contrato escrito, para evitar todo con-

flicto posterior. La carga de la prueba pesa sobre la persona que se prevale de la autorización, es decir, generalmente, el autor de la publicación.

Sin embargo, es necesario tener presente que toda divulgación de información relativa a la vida privada que no está prevista expresamente, no está autorizada. Será conveniente, cuando proceda, retornar nuevamente a la persona para solicitar una nueva autorización, para una publicación no prevista originalmente. Así la autorización otorgada para la publicación de biografías a carácter universitario, en una edición papel, no valdrá para otra edición o en otro soporte.

2.3.1.3.2.2 Persona menor o incapaz mayor

Toda revelación de información relativa a la vida privada de un menor o de un incapaz mayor supone una autorización de su representante legal. Se considera como el representante legal al (los) padre (s) titular (es) de la autoridad parental o el tutor.

2.3.1.3.3 Excepciones al derecho de la vida privada

2.3.1.3.3.1 Existencia de un contrato

Constituye la situación ideal, en el cual existe un contrato firmado en el que se fijan las condiciones de publicación de una información que afecta a la vida privada de una persona, se evita así toda dificultad. No siempre es así en la práctica; incluso en presencia de un contrato, debido a la ambigüedad o al carácter incompleto de éste (no considerada la posibilidad de publicación) o de desacuerdo que puede existir sobre la opinión que se han hecho los interesados sobre los límites de la vida privada.

2.3.1.3.3.2 Ausencia de un contrato

La ausencia de contrato se encuentra, frecuentemente, durante las investigaciones llevadas a cabo por historiadores, psicólogos o sociólogos.

Ella puede explicarse por la imposibilidad psicológica (riesgo de reticencia y pérdida de confianza) de hacer firmar un contrato a la persona que habla por sí misma o por el hecho que un “testigo” involucre otras personas que ella misma. Se explica, *a fortiori*, por la imposibilidad material de obtención de las autorizaciones (antiguos archivos, beneficiarios imposibles de encontrar,...).

Al respecto, tres conceptos permiten atenuar la ausencia de contrato: el concepto de vida pública (1), el de acontecimiento de actualidad (2) o aún los derechos de la historia (3)

2.3.1.3.4 Rasgos comunes al derecho de la personalidad

Al intentar identificar aquellos rasgos que tienen en común, los derechos de la personalidad, aparecen los siguientes rasgos:

- 1 *Generales.* – *A priori*, toda persona está dotada de ellos.
- 2 *Extra patrimoniales.* No poseen por ellos mismos un valor pecuniario (aún cuando puedan dar lugar a reparación dineraria). No son fundamentalmente ni cesibles, ni embargables, ni susceptibles de renuncia.
- 3 *Absolutos.* Se imponen para ser respetados por todos. Es un carácter que tienen en común con los derechos reales, en oposición a los derechos personales, lo que ha dado lugar, algunas veces a afirmar que eran derechos privativos, incluso verdaderos derechos de propiedad sobre los bienes inmateriales (sobre el nombre, la imagen, etc.).

Sin embargo, hemos visto que algunos de los rasgos comunes son incompatibles con los derechos a/sobre la imagen.

2.3.2 Libertades individuales

Decíamos antes que la libertad es la posibilidad reconocida a la persona de hacer aquello que le place, el poder de actuar según su propia determinación. No tiene un objeto preciso para constituirse en derecho

subjetivo, en sentido técnico del término, es más bien, un derecho “potencial”, “virtual”, “posible”.

La libertad ha sido definida frecuentemente por negación, por sus límites según la fórmula de la Declaración de 1789: la obligación, el deber de no perturbar a terceros. En el derecho civil lo ha sido de manera afirmativa, precisa, en relación a los *derechos* reconocidos a los demás. En consecuencia, la libertad no se afirma solamente con relación al Estado, sino también en las relaciones entre los individuos. Es este aspecto civilista del problema al cual nos referimos: la libertad civil, la libertad garantizada por el derecho civil, aquella que sirve de garantía a la persona privada contra las usurpaciones por terceros. Es innecesario, además, referirse a un concepto general, que, por su propia abstracción, sería poco útil. La libertad se diversifica según la actividad humana a la cual la aplicamos. Mas que de *la* libertad civil, se trata de ocuparnos en la práctica *de las* libertades civiles concretas. Sería inútil pretender dar aquí una enumeración exhaustiva de estas libertades nos limitaremos a recordar algunas categorías clásicas a la cual se refiere el derecho público, transponiéndolas al derecho privado:

La identidad digital, no limita, en principio, estos derechos atribuibles a las libertades individuales, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital

2.3.2.1 LIBERTAD DE MOVIMIENTO

Considerada como la libertad de ir y venir de la persona, ella plantea, sin embargo, en su relación al derecho civil, algunas limitaciones que son ya conocidas en derecho público (abuso de la detención provisional, por ejemplo).

En el derecho civil, se plantean algunas figuras sobre los cuales los legisladores han ido pronunciándose gradualmente. El derecho de tránsito o de paso sobre la propiedad de terceros, servidumbres, cuando la propia se encuentra enclavada, sin salida a la vía pública; la validez de donaciones o testamentos, en las cuales el causante impone al beneficiario, como

condición de su liberalidad, la obligación de vivir en una ciudad o en una casa determinada, o por el contrario, la prohibición de permanecer en ellas.

Tales derechos como su aplicación práctica, por la inercia o la presión psicológica que ejercen sobre el propietario, poseedor o beneficiario de la sucesión, corren el riesgo de limitar u obstaculizar el desplazamiento de la persona o por el beneficio de la liberalidad generar una especie de cautiverio o, contrariamente, de prohibición de estancia. No obstante, múltiples decisiones de justicia se inclinan a validarlos – aún cuando su efecto es limitado en el tiempo - siempre que sean justificadas por un interés considerado legítimo (Ej. impedir el abandono de la casa familiar; evitar el contacto entre una familia legítima y el cónyuge infiel).

2.3.2.2 LIBERTAD DE HACER Y NO HACER

No es sino por propia determinación, “voluntaria”, que el individuo puede perder parte de esa libertad. Es el caso del contrato de trabajo, por el cual una persona se compromete a prestar sus servicios en favor de otro, mediante remuneración. La precariedad del vínculo es el único factor que pudiera salvar la libertad individual de la relación así creada. La precariedad se observa en una serie de normas: prohibición de comprometer sus servicios vitaliciamente, por ejemplo, que podría asemejarse a los regímenes de la esclavitud.

En última instancia, la libertad será protegida civilmente por los arts. 1150 y 1152 del código civil, desprendiéndose de esta figura, que si el deudor de una obligación de hacer o de no hacer no la realiza de manera espontánea, el acreedor podrá optar por exigir la ejecución forzada, que la prestación sea ejecutada por persona distinta y por cuenta del deudor, o dejar sin efecto la obligación; y podrá liberarse de la relación abonando la indemnización que corresponda por los daños e intereses equivalentes al perjuicio causado.

Sobre la libertad de acción o de inercia, el derecho renuncia a resolver únicamente por la motivación de un incentivo o interés pecuniario, en esta premisa encontramos el fundamento del debido respeto del cuerpo humano.

2.3.2.3 LIBERTAD DE DOMICILIO O INVIOLABILIDAD

En oposición con la libertad de movimiento, existe una libertad de inercia, de residir en el domicilio elegido. La casa, la residencia constituye la barrera de protección, el reducto del individuo.

La inviolabilidad del domicilio está garantizada por el derecho público contra los abusos de la autoridad. También está garantizada por el derecho civil contra los abusos por terceros. La analogía es sorprendente cuando el derecho civil se ocupa de determinar en qué medida un funcionario, operando a petición de una persona privada, puede penetrar en el domicilio de otra para levantar un acta de constatación? (Ej. la constatación de adulterio en una acción de divorcio). La jurisprudencia exige que el secretario, ujier, haya sido previamente autorizado, mediante resolución del magistrado civil; bajo apercibimiento de declararse nula el acta de constatación, practicada en forma u horas indebidas. Bajo esta doble reserva, se admite la legalidad del acto, validando un principio de libertad, que, indudablemente, no tiene sino valor relativo.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra también contemplada en otras secciones del derecho civil. El derecho de cierre declarado por el art. 963 del CCP, el mismo que faculta implícitamente una violación del domicilio aun cuando las causas de peligrosidad puedan ser atendibles. Pero, fuera de éste y de otros referidos a la persona jurídica o moral, existen otros casos, reconocidos por la jurisprudencia, sobre una libertad de cierre, más amplia, porque alcanza a toda persona al interior de su residencia, y no solamente al propietario - la libertad de cerrar su domicilio, o incluso habilitarlo defensivamente sirviéndose de trampas o de animales, sin incurrir en responsabilidad a favor de las posibles víctimas. Y es necesario admitir, como consecuencia de esta libertad, el derecho a toda la persona, ella misma, de expulsar del lugar donde vive efectivamente a los intrusos, aquellos individuos que se introducen sin derecho, con tal que la violencia empleada a tal efecto sea moderada.

Lo que muestra que la libertad de encerrarse en su domicilio no es un privilegio del propietario, sino que ella puede oponerse al propio propietario por un arrendatario. Obviamente, el arrendador o propietario

conserva un derecho de control, en consecuencia, un derecho de acceso, al inmueble, al edificio, a las partes individuales y comunes que siguen siendo de su propiedad, al menos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el arrendatario, relativas a ese bien (Por ejemplo: reparaciones locativas, verificación del estado del inmueble,...). Pero ello no faculta un acceso intermitente ni desmesurado del propietario. El principio, al cual siempre retornaremos: es la independencia del arrendatario a los espacios alquilados, pero también de acceso del propietario a su bien.

2.3.2.4 LIBERTAD DE CONCIENCIA

Es posible recurrir a la protección del derecho civil, particularmente, en los conflictos familiares relativos a la educación religiosa de los niños, cuando los padres, ascendientes, o tutores se encuentran en vida. Como en los casos, en los cuales, los causantes de una sucesión supeditan sus liberalidades a condición que los legatarios cambien o no de religión, se casen o no con personas de determinada confesión religiosa. Estas condiciones pueden juzgarse ilícitas reputándose entonces por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley art. 689, por atentatorias a la libertad de conciencia.

Otras consideraciones, sin embargo, han sido aceptadas en otras ocasiones porque son menos evidentes: cuando existe acuerdo entre las partes - aún cuando éste sea contrario a una norma legal imperativa o válida en otras ocasiones - o si la propia ley impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Estas dos referencias apuntan a aquellos contratos racistas, sexistas, sectarios, originados por la negativa a contratar (vender, emplear, ceder) aplicable a una persona en razón de su pertenencia o no-pertenencia a un segmento étnico, género, o confesión determinada. Estas cláusulas de empleo, raciales, étnicas o confesionales son ilícitas en los contratos. Sin embargo, existen determinados casos en los cuales la naturaleza religiosa, de género, racial o étnica de la oferta impone una cierta selección del co-contratante: un sacerdote puede exigir que su sacristán no sea ateo, por ejemplo. Existe también un

equilibrio delicado a respetar, entre la libertad de conciencia individual y la libertad colectiva de la comunidad religiosa.

2.3.2.5 LIBERTADES PROFESIONALES

Resultan de algunas libertades que sólo se ejercen con motivo de una actividad especializada. Las mencionamos porque interesan principalmente otras áreas del derecho civil (derecho comercial, derecho del trabajo, derecho informático). Entre ellas mencionamos, la *libertad*, en particular, de *comercio y de industria* y el *derecho al trabajo*, que puede poner en peligro, por ejemplo, la *cláusula de no-competencia*, cláusula del contrato de trabajo por la cual un empleado se compromete, al momento del cambio de empleo, o en el caso que recibiera otra propuesta, a no crear una empresa competidora o no entrar al servicio de un empresario competidor.

El interés del empleador, que puede ser seriamente afectado, si el empleado aportara a terceros “secretos de fabricación”, “cartera de clientes”, “estrategia comercial” condujo a validar esta cláusula de principio, a condición que la prohibición sea temporal o, suponiéndola ilimitada en el tiempo, se limite en el espacio, a un determinado ámbito territorial.

La cláusula pudiera ser declarada nula, sin embargo, si la ejecución de la cláusula, pone en dificultades al empleado para encontrar otro empleo pues colisiona con su derecho al trabajo.

2.3.3 Igualdad civil

Libertad e igualdad son dos términos indisolublemente unidos en la fraseología política. Según Rousseau, sin igualdad, la libertad no existiría. Existe pues un principio de igualdad civil, como consecuencia del principio de libertad.

No debe confundirse este principio general con algunas normas especiales de igualdad, o algunas normas de igualdad especializada, que figuran también en el derecho civil peruano: particularmente, la norma de

la igualdad entre acreedores; la norma de la igualdad sucesoria, en particular entre hermanos y hermanas en la sucesión de los padres (CCP. Art. 818). Estas normas particulares (sobre todo la última) guardan relación con el principio general: proceden de los mismos sentimientos y pueden contribuir a hacerlos más eficientes (el fraccionamiento de la propiedad resultante de la igualdad sucesoria tiende a crear una igualdad de condiciones económicas, en la cual la igualdad de derecho se desarrolla más fácilmente). Pero para los objetivos de la presente obra, solo se tratará el principio general: a. *principio y límites*, a pesar de b. *las desigualdades* que el derecho legítima, y de c. *las discriminaciones*, que condena.

La igualdad civil, tampoco limita, en principio, los derechos atribuibles a la personalidad, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital

2.3.3.1. PRINCIPIOS Y LIMITES A LA IGUALDAD CIVIL

El derecho civil moderno se basa esencialmente en el postulado que una persona física cualquiera es igual a cualquier otra persona física. Igualdad en derecho no significa necesariamente igualdad en los hechos. La igualdad civil es la igual aptitud a gozar de los derechos civiles. Este principio ha sido recogido en el artículo 3, del CCP: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles...”.

Este espíritu de igualdad, es uno de los aspectos fundamentales que guían la ideología del Código, este espíritu no hace sino transponer al derecho civil uno de los axiomas de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789. Para estimar la influencia de la Revolución Francesa, nos basta solamente compararlo con la isonomía de un Tratado moderno de derecho civil, la *división de las personas* que Pothier proponía en su Tratado de las personas y de los bienes (división en clérigos, nobles, gente del tercer estado y siervos, regnícolas y forasteros, personas que perdieron la vida civil o que la recuperaron, legítimos y bastardos, etc.)

De una concepción a otra, la distancia es inmensa, aún si se considera que los jurisconsultos del antiguo derecho admitían una igualdad

de derecho natural subyacente a las desigualdades de derecho civil y que inversamente, en el sistema moderno, el principio de igualdad supone múltiples excepciones.

2.3.3.2 LAS DESIGUALDADES LEGITIMADAS

Entre estas excepciones, algunas ya se encontraban en el derecho civil clásico del código de Napoleón; las otras se manifestaron al final del siglo XIX, en reacción contra los principios de 1804.

2.3.3.2.1 Excepciones al derecho civil clásico

Su existencia se explica histórica como racionalmente, formando dos grupos, de valor diferente.

2.3.3.2.1.1 Excepciones históricas

El código de Napoleón, deliberadamente infiel a los postulados de la Revolución, restauró dos desigualdades del antiguo derecho, tanto más evidentes cuanto ellas establecían diferencias en la persona desde y por el nacimiento. La primera, se refería a los extranjeros (Art. 11); pero fue atenuada al desarrollarse las relaciones internacionales, a pesar del empuje de los esporádicos nacionalismos. El otro afectaba a los niños naturales; pero fue abrogada tardíamente por la ley sobre la filiación (Art. 334) del 3 enero de 1972, aún cuando los derechos del niño adulterino sufren siempre una determinada reducción (cada menos económica que social) en los intereses del cónyuge y de los niños legítimos del autor

Con un carácter menos acusado - precisamente porque no se trata ya de desigualdades de nacimiento - existen otras discriminaciones, evidentes o implícitas en el Código y que la realidad nos recuerda aún el pasado de menosprecio persistente para las personas normales y corrientes: fijación del domicilio de dependencia impuesto a los criados, o por el marido, en el domicilio conyugal.

2.3.3.2.1.2 Excepciones racionales

No hay desigualdad, sino igualdad verdadera – decimos desde Aristóteles - al tratar desigualmente las cosas desiguales. Es por ello que puede afirmarse que algunas excepciones al principio de igualdad (puramente aparentes, desde un punto de vista filosófico) son racionales porque responden a la naturaleza de las cosas. Tal es el caso del sistema de incapacidades, que se traduce en desigualdades, pero basadas sobre datos naturales (edad, estado mental). Mucho tiempo se ha creído que se justificaba así mismo la incapacidad de las mujeres casadas, hoy corregida.

La idea de que las cosas desiguales deban tratarse desigualmente la encontramos en los mecanismos jurídicos corrientes. Así, en los procesos alimentarios, estos no se limitan a las necesidades mínimas fisiológicas del acreedor, sino toman en consideración la situación social del obligado. La responsabilidad civil es también un instrumento de diversidad y desigualdad en la apreciación de la falta; no se prohíbe a los jueces tener en cuenta el grado de cultura, la inteligencia, la experiencia del presunto responsable. De otro lado, los daños y perjuicios destinados a reparar el perjuicio corporal han sido establecidos sobre el lucro cesante resultante de la incapacidad laboral. Ahora bien, este lucro cesante es tanto más elevado cuanto la víctima se ubique más alto en la jerarquía o “status” social. En la valoración de la falta o delito de la víctima, en los accidentes de tránsito, los jueces tienen en cuenta la edad: joven o viejo, y la capacidad o limitación física.

2.3.3.2.2 Excepciones del derecho civil contemporáneo

Desde el final del siglo pasado, el derecho civil intenta deshacerse del atomismo del código de Napoleón. En oposición con los seres abstractos e intercambiables sobre los cuales razonaba la teoría clásica, el imperativo es normar sobre hombres y mujeres concretos, tomados en la realidad de su trabajo, de sus necesidades, de su situación familiar, etc. Dos conceptos: profesión y categoría social, son los instrumentos principales de esta diferenciación.

2.3.3.2.2.1 Profesión

Cada profesión aspira a tener sus propias normas de derecho, particulares, específicas, cuanto a la apropiación de los bienes que ella utiliza, a los contratos que suscribe, a la responsabilidad en la que incurre. Como ejemplos tenemos un derecho de arrendamiento, urbano: construido como rústico, o rural, los mismos que atentan contra el derecho común o general de arrendamiento e incluso contra el contrato en general; o, el de la responsabilidad de los médicos y sus matices jurisprudenciales, frente al problema de la responsabilidad en general, etc.

2.3.3.2.2.2 Categoría social

Cada vez más, los individuos tienen conciencia de pertenecer a una determinada categoría social, que los reagrupa en un conjunto de individuos sensibles de reivindicar ciertas ventajas o diferencias. Este resurgimiento de privilegios, interesa particularmente al derecho público: desgravámenes de impuestos, subvenciones, asignaciones, etc. Pero también el derecho privado, pues ciertas leyes constituyen fuentes de privilegios. Concebida para la protección de ciertas categorías sociales, de privilegios en su favor y, consecuentemente, de restricciones de derechos contra otros. Estas nuevas desigualdades, sin embargo, no tienen mucho de común con aquellas de la Colonia. Se establecen en interés de grandes grupos sociales, o del colonizador, o de segmentos. Tienen por objeto proporcionar derechos no por la fuerza, sino por compromisos o necesidades. Son desigualdades jurídicas compensatorias de desigualdades económicas, y destinadas a restaurar, aparentemente, una verdadera igualdad. Los ejemplos de jubilación anticipada de los marinos, militares, policías, mineros, bomberos, etc. son algunas de las muestras de esta categoría.

2.3.3.3. DISCRIMINACIONES

La referencia a la igualdad desaparece ante una fórmula negativa: la condena de las discriminaciones. La discriminación es una ruptura de la igualdad, pero por el rechazo de una categoría de personas ajenas al

derecho común. Reprime ciertas maniobras negativas en la celebración de actos y contratos, en particular, cuando son inspirados por un móvil discriminatorio.

Ciertas de estas discriminaciones se deben al origen racial o étnico, al género, a las preferencias sexuales de la víctima (homosexuales, por ejemplo), de la situación familiar (casado, conviviente), de la pertenencia o no-pertenencia a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada. De allí, se puede inducir cuáles son, actualmente, para el legislador, los puntos más sensibles referidos a la cuestión de la igualdad. Pueden concebirse, sin embargo, otras discriminaciones, relativas a la edad, a la clase social o la situación económica.

REGULACIÓN DE NBIC

Regulación y NBIC

- Las sociedades mantienen sistemas de regulación multi-dominios que responden a imperativos económicos, sociales, culturales, lingüísticos, lógicos.
- En cierta medida estos sistemas corresponden a avances de la ciencia y la tecnología.
- Actualmente, la ciencia y la tecnología convergen y se integran a la escala Nano- Bio-Info-Ciencias Cognitivas.
- Es la era de la convergencia e integración de los elementos que operan a nivel nano, mil millonésima parte de una unidad, es decir, de átomos, chips, neuronas, genes, cúbits [Un cúbit o bit cuántico (del inglés quantum bit o qubit) es un sistema cuántico con dos estados propios y que puede ser manipulado arbitrariamente].

El desafío es el de identificar los límites éticos, jurídicos y morales de la convergencia e integración de los bienes y servicios resultantes de las NBIC que respeten los imperativos de bienestar y dignidad humana.

Constitución y Leyes

Este desafío pasa por regular los bienes y servicios resultantes de las NBIC que respeten los imperativos de bienestar y dignidad humana, acordes con las normas.

Prejuicios

No obstante, los científicos e ingenieros se quejan con frecuencia de que los abogados reprimen la innovación y obstaculizan el progreso y el rápido avance de los descubrimientos científicos/tecnológicos.

Una de las razones de esta insatisfacción podría ser que juristas y científicos siguen viendo el mundo a través de lentes muy diferentes.

Ninguna disciplina por sí sola tiene el monopolio de la visión del mundo o del Proyecto Social; la idea es que todas la disciplina contribuyen a que la sociedad tenga un cierto orden y ética que permita un cierto progreso, bienestar, por lo que deberían reconciliar sus diferencias y armonizar sus intereses por el bien común.

Jerarquía e Interpretación

La regulación de las normas debiera corresponder a mantener la jerarquía e interpretación de las normas:

- Según la **jerarquía**:
 - la Constitución es la Ley Fundamental, **promulgada por una Asamblea Constituyente**.
 - Demás Leyes, **promulgadas por el Congreso**: Ley de Bases, Leyes Orgánicas, Códigos, Leyes Ordinarias, Resoluciones Legislativas, Decretos Legislativo
 - Leyes **promulgadas por el Ejecutivo**.
 - Leyes **promulgadas por Gobiernos de facto**.
- El **Poder Judicial interpreta** las leyes.

Precedencia

Surgen con relación a este principio algunas interrogantes:

- ¿Se debe preferir la Constitución, a la ley, a la intención del pueblo, a la intención de sus representantes?
- ¿Respecto a la interpretación entre dos leyes contradictorias?
- ¿La regla que haya sido obtenida en los tribunales (Jurisprudencia) servirá para determinar su validez relativa es que la última será preferida en función del tiempo a la primera?
- ¿Puede la precedencia legal actual ser suficiente para interpretar impugnaciones que puedan presentarse ante los tribunales?
- ¿La precedencia es el paradigma legal actual adecuado para afrontar las consecuencias no deseadas que puedan resultar de la integración convergente de nanotecnología, biotecnología, tecnologías de la información y ciencia cognitiva (NBIC)?
- ¿Si los problemas científicos, tecnológicos impregnan el derecho, son las pruebas vigentes promulgadas para la admisibilidad de evidencia suficientemente sólidas para satisfacer el estándar de confiabilidad probatoria?
- ¿La manera como los tribunales interpretan los hechos científicos afecta sus decisiones, así como su capacidad para separar y distinguir la ciencia de la llamada basura ciencia, pseudociencia o «ciencia patológica».

La ciencia, la tecnología y la evidencia.

Siguen siendo validas:

- La evidencia o prueba captadas por los sentidos.
- La evidencia o prueba captadas a través de terceros
- Le evidencia o prueba a través de la admisibilidad de las nuevas evidencias científicas.

(Ejemplo: La Regla Federal de Evidencia 702, U.S. La Corte Suprema sostuvo que el estándar de admisibilidad de las nuevas evidencias científicas resulta de la demostración de confiabilidad basada en si:

1. Una teoría o técnica puede ser probada y/o ha sido probada.
2. La teoría o técnica ha sido revisada por pares y publicada.
3. Existe, con respecto a una técnica en particular, un alto nivel conocido o tasa potencial de error, y si existen normas que controlen la operación de la técnica.
4. La teoría o técnica goza de aceptación general dentro de una comunidad científica.

Este Estándar fue ampliado posteriormente:

5. El Juez es suficientemente competente para evaluar evidencia sin recurrir a lo generalmente aceptado en la comunidad científica.
6. El perito propuesto esta capacitado en ingeniería, técnica o en otro ámbito no descrito como científico.
7. Si se requieren conocimientos científicos, técnicos u otros conocimientos especializados para asistir al examinador de hechos a comprender la evidencia o determinar un hecho problemático, un testigo calificado como experto por conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o educación, puede testimoniar bajo la forma de opinión o de otra manera, si:
 - (1) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes;
 - (2) el testimonio es el producto de principios y métodos fiables; y
 - (3) si el testigo ha aplicado los principios y métodos de manera confiable a los hechos del caso .

CONCLUSIÓN

A medida que la tecnología y el conocimiento científico han evolucionado a un ritmo cada vez mayor ritmo en las ultimas décadas, los legisladores y magistrados de los diferentes países han obrado en la tarea

de separar los hechos científicos de la ficción, determinando lo que constituye evidencia científica, tecnológica, de lo que no lo es.

Pero las NBIC, presentan aun algunos riesgos de toxicidad, de efectos secundarios que no pueden ser anticipados ni controlados, con tales incertidumbres científicas, cómo legislar sobre las nanotecnologías y de manera general sobre las NBIC ? Cómo regular sobre algo sobre la cual pesan tantas incertidumbres ?

Sin embargo, es precisamente porque las hipótesis generales de los transhumanistas (bio-progresistas) son hipótesis de trabajo plausibles y graves que los adversarios (bio-conservadores como Sandel, Fukuyama o Habermas,) militan a favor de una regulación muy estricta o prohibición de innovaciones vinculadas a la convergencia de NBIC y evitar la desacralización del cuerpo y del espíritu humano y los métodos y prácticas eugenistas (Selección de individuos de una población en función de su composición genética y eliminar individuos que no caen dentro de un marco de selección predefinido).

A la luz de las diferentes corrientes del pensamiento transhumanista, resulta imperativo obtener una visión general con **el objeto de garantizar el interés general de humanidad**. El alcance de este interés general radica en la **obligación de encontrar un justo equilibrio entre la equidad social y desarrollo tecno-científico**. Este equilibrio se basa en determinar dónde quiere la humanidad colocar el cursor legal sobre la convergencia e integración de las NBIC y el Transhumanismo.

Dos condiciones imperativas para este marco: **información y legislación global**. Los órganos encargados de legislar sobre estas opciones deben primero informarse de manera imparcial y sin prejuicios, para luego ofrecer a sus naciones una visión de conjunto a fin que ellos determinen, de manera ilustrada, la sociedad del futuro. Por último, si es tolerable para los ciudadanos de aceptar ciertas diferencias de legislaciones, en ámbitos donde estos no pueden cambiar la faz del mundo a pesar de los desequilibrios que proporcionan, No será aceptable que diferentes legislaciones crean diferencias y discriminación significativa en temas como la esperanza de vida o el envejecimiento saludable.

Aportes de la comunidad internacional

Varias instituciones internacionales han abordado la problemática planteada por las nanotecnologías, con el fin de identificar algunas pautas.

En la **UNESCO**, ha sido consagrado un programa a las cuestiones éticas de las nanotecnologías y se están realizando estudios prospectivos, encaminados a tener en cuenta su impacto social y ético, a través de un enfoque interdisciplinario. Este trabajo se centra en la caracterización de nanopartículas, el impacto en el medio ambiente, la toxicidad, la nanomedicina, la privacidad, la confidencialidad, la vigilancia pública, las aplicaciones militares, pero también en la difusión del conocimiento y cuestiones de propiedad intelectual. Las propuestas convergen en la necesidad de una educación ética y un principio rector ético voluntario para los científicos.

ACCIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

El Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo debería financiar nanotecnologías por valor de 3.500 millones de euros; al mismo tiempo, el Plan de Acción Europeo incorpora no solo la dimensión empresarial / industrial, sino también el riesgo, la seguridad de los trabajadores, los ciudadanos, los consumidores, el medio ambiente y la cuestión internacional. Se han creado comités especializados, en particular sobre la metodología de evaluación de riesgos, y sobre aspectos regulatorios. El proyecto NanoSafe, liderado por el CEA para Francia, está orientado al riesgo. NanoSafe1 permitió establecer un inventario. NanoSafe2, planificado a cuatro años con un presupuesto de 12,5 millones de euros, es más ambicioso e incluye cuatro subproyectos: desarrollo de tecnologías de detección con una reducción sustancial de su coste; evaluación de riesgos mediante cribaje y análisis rápido de toxicidad; asegurar sistemas y procesos industriales; Aspectos ambientales y sociales, con reciclaje y análisis del ciclo de vida. Cuando se trata de cuestiones éticas, el marco legislativo europeo general parece adecuado.

No obstante, se está llevando a cabo una reflexión estratégica sobre la ética a través de las redes Eranet, NanotoLife y la plataforma NanoMedicine, que ha elaborado un documento sobre estrategias de desarrollo y programas europeos más centrados en la toxicología y comunicación de las nanopartículas.

DIÁLOGO INTERNACIONAL RESPONSABLE

Desde 2004, este foro informal ha ofrecido a los representantes gubernamentales de todos los países un marco para discutir la Gobernanza y la convergencia de la nanotecnología, con el fin de anticipar los desarrollos. 25 países, incluidos Francia, Japón y Estados Unidos, participan cada año. Recomienda dedicar una mayor parte de los presupuestos públicos y privados a la investigación de riesgos, sobre la base de una cooperación institucional internacional reforzada, la constitución de una base de datos relacionada con las características de las nanopartículas, la adopción de una metodología armonizada para la evaluación multicriterio de sus impactos, y en un observatorio social.

POST CONCLUSIÓN: EL TRANSHUMANISMO

Sin embargo, la «mejora humana» no es solo una cuestión de ciencia o técnica. Los aspectos éticos, jurídicos y morales no se encuentran aun presentes en el debate .

Por supuesto, a menudo se recuerda que “estos desarrollos revolucionarios deben guiarse por el respeto al bienestar y la dignidad humana”, pero se detienen ahí . Si bien la mayoría de los Estados tardan en llegar a un acuerdo -por ejemplo, sobre el tema de la clonación reproductiva, comprendemos la complejidad moral inducida por las NBIC.

Potencial y precisamente por lo que se trata de modificar o «mejorar», aspectos que constituyen la esencia misma del hombre, la disposición y funcionamiento de sus capacidades intelectuales, cognitivas y sus capacidades físicas, los problemas éticos, morales, jurídicos son infinitos.

Sin embargo, algunas reflexiones sobre el tema están siendo abordadas por corrientes “Transhumanistas”. Agrupados dentro de la Asociación Mundial de Transhumanismo (WTA), fundada en 1998 y dirigida por Nick Bostrom, profesor de filosofía en la Universidad de Yale, Inglaterra, los «transhumanistas» suelen ser científicos, sociólogos o filósofos, “que consideran que es posible y deseable mejorar las capacidades humanas desde el punto de vista intelectual, físico o psicológico, mientras se lucha contra el proceso de envejecimiento”. Pero también, y sobre todo, los transhumanistas buscan estudiar “las amenazas y peligros de utilizar la ciencia y la tecnología que buscan superar los límites humanos”.

«El transhumanismo es una forma de pensar el futuro basada en la premisa de que la especie humano en su forma actual no representa el final de nuestro desarrollo, sino una fase comparativamente bastante primitivo. Lo definimos formalmente de la siguiente manera: El movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejoras fundamentales de la condición humana a través de la razón aplicada, especialmente en el desarrollo y hacer que las tecnologías estén ampliamente disponibles para eliminar el envejecimiento y mejorar capacidades intelectuales, físicas y psicológicas enormemente humanas.

Estudiar las ramificaciones, promesas y peligros potenciales de las tecnologías que nos harán capaces superar las limitaciones humanas fundamentales, así como el análisis asociado a cuestiones éticas implicados en el desarrollo y el uso de tales tecnologías «. Esa es la disyuntiva.

BIBLIOGRAFIA

Hadrien Pourbahman <https://drive.google.com/file/d/0Bw3P95We56-HQmUxU-DZvZlN4TTA/view>

Liberté, égalité, NBIC <https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante1-2010-4-page-75.htm#>

De la cibernética aux NBIC: l'information et les machines vers le dépassement humain <https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-2014-1-page-95.htm>

Nanotechnology researchs directions for societal needs in 2020 <http://scienceus.org/wtec/docs/nano2.pdf>

Convergence of Knowledge, Technology an Society: Beyond convergence of Nano-Bio-Info-Cognitive Technologies 2013 <http://scienceus.org/wtec/docs/nbic2.pdf>

World Technology Evaluation Center , WTEC <http://scienceus.org/wtec/>

Carlos y Elena Ferreyros Soto y David Mauricio Sanchez. **Derecho de Personas e Informática. Identidad Digital.** Edit Grijley. 2016. 790 págs. <https://isbn.cloud/9789972045301/derecho-de-personas-e-informatica/>

Recibido: 24/02/2021

Aprovado: 10/04/2021