

EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE JUSTO AROSEMENA

CARLOS H. CUESTAS G.
Universidad de Panamá

I. INTRODUCCIÓN

El panameño Justo Arosemena Quesada (1817-1896) fue junto a otros grandes americanos como Bello, Teixeira De Freitas y Vélez Sarsfield, uno de los más importantes exponentes del movimiento codificador latinoamericano.

Su incansable labor de jurisconsulta fue fructífera, no sólo para su pequeño país natal, sino también para Colombia, Perú y Bolivia¹.

Elegido representante de Panamá al Congreso de la Nueva Granada presentó durante las sesiones parlamentarias de 1853, nada menos que ocho proyectos de códigos elaborados por el insigne jurista de manera completamente individual².

* Ponencia expuesta en el VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, que se celebró en Santiago de Chile, los días 3 a 5 de septiembre de 1992. El congreso fue organizado por las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Valparaíso y contó con el patrocinio del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano (Sassari, Italia), apoyado por el Centro Nazionale delle Ricerche (Italia).

¹ Además de redactar proyectos de constituciones, códigos, leyes y decretos, en su momento, para la República de la Nueva Granada, los Estados Unidos de Colombia y el Estado Soberano de Panamá, AROSEMENA redactó en 1866 sendos proyectos de constituciones para Perú y Bolivia. Específicamente para el Perú, además, elaboró en esos años un proyecto de decreto sobre bancos y otro sobre monedas.

² CUESTAS G., Carlos H., *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*, Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 1991, pág. 15: "El 13 de junio de 1853, el representante istmeño presentó los siguientes proyectos de códigos a la consideración del Congreso de la Nueva Granada: 1. Proyecto de Código de Minería; 2. Proyecto de Código de Enjuiciamiento en Asuntos Civiles; 3. Proyecto

Los sucesos políticos colombianos, acaecidos a raíz del golpe de estado del general Melo en 1854, provocaron la paralización de las sesiones parlamentarias y de todos esos proyectos, sólo el Código de Comercio vino a ser aprobado como ley de la República.

Entre éstos, se destaca un proyecto de Código Civil, que de acuerdo a los estudiosos parece haber sido el primer intento serio de dotar de un Código Civil a la Nación colombiana³.

Hacia 1853 Haití, Santo Domingo, Costa Rica y Perú contaban con códigos civiles nacionales y Andres Bello aún adelantaba su trabajo dentro de las numerosas comisiones designadas por el gobierno chileno para la redacción final del célebre código civil que serviría de modelo a tantos países latinoamericanos, inclusive a Colombia y a Panamá⁴.

Es por eso que resulta útil para una historia completa del sub-sistema jurídico latinoamericano destacar las características esenciales del proyecto Arosemena, su influencia innegablemente romana y el concepto de persona que en él se plasma porque ha sido precisamente en torno al mismo, en que autores como Catalano identifican uno de los elementos diferenciadores, entre lo que romanista italiano denomina la tradición ibérica justiniana y la Pandectística alemana⁵.

Este debate sobre el concepto de persona, y en particular, sobre la condición jurídica del concebido, ha opuesto a Texeira De Freitas y a Vélez frente al positivismo legal de Savigny y de Windecheid y hablando de códigos, en ciertos aspectos, al Esboço brasileño y al Código Civil argentino frente al propio Código de Bello.

En este trabajo nos proponemos verificar qué posición adopta Arosemena, al ser el primero en proponer un Código Civil para Colombia, de la cual formaba parte entonces la actual República de Panamá.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROYECTO AROSEMENA

En un anterior trabajo presentado en ocasión del VII Congreso Latinoamericano

to de Código de Enjuiciamiento en Asuntos Criminales; 4. Proyectos del Código Penal; 5. Proyecto de Código de leyes complementarias del Código Penal; 6. Proyecto de Código de Organización Judicial; 7. Proyecto de Código de Comercio; 8. Proyecto de Código Civil"

³ ILLUECA, Jorge, *Síntesis histórica de la codificación civil panameña*, en *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional*, N° 1 julio diciembre 1944, Universidad Interamericana, Panamá, 1945, pág. 103.

⁴ El Código Civil chileno sirvió de modelo al Código Civil del Estado Soberano de Panamá promulgado en 1862, al Código de la República de Colombia que rigió en Panamá hasta 1917 y al vigente Código Civil de la República de Panamá.

⁵ CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone, Studi su origine e attualità del Sistema romano I*, Giappichelli Editore, Torino, 1990, nota 5, pág. 195-196.

de Derecho Romano, avanzamos algunas observaciones preliminares sobre el proyecto Arosemena⁶.

Decíamos entonces que sigue el modelo de Code Napoleón, al dividirse en tres libros, antecedidos también de un título preliminar sobre la ley.

Menos extenso que el modelo francés, consta de 27 títulos, 78 capítulos, 26 secciones y 1476 artículos; se distingue también por las particularidades nominales y la diferente distribución de las materias a lo largo de esos 3 libros.

Vemos así que denomina a Libro Primero "De la Familia", en lugar de más tradicional "De las Personas". Más adelante, mientras que el Code Napoleón dedica todo el Libro Tercero a "Los Diferentes Modos de Adquirir La Propiedad", Arosemena distribuye estos modos en el Título Segundo del Libro Segundo dedicado precisamente a la "Propiedad".

Lo mismo podemos decir de las "Sucesiones" previstas en el Título Primero de mismo libro Tercero del Código francés bajo el epígrafe "Modos de Adquirir El Dominio Por la Herencia".

Por último, mientras Arosemena dedica el Libro Tercero a las "Transacciones" para designar a los contratos en general, el Code Napoleón le dedica el Título Tercero del Libro Tercero, precisamente como Modos, también, de adquirir la propiedad.

De típica influencia francesa es la naturaleza contractual del Matrimonio, la que se desvía en cierto modo de la tradición romana.

Previsto como contrato en el Título Quinto del Libro Tercero sobre los Modos de Adquisición De La Propiedad por Arosemena, luego de definirlo en el artículo 117 como "la unión legal de un hombre y una mujer para los fines con que la naturaleza ha establecido los sexos"; inmediatamente agrega en el artículo 118 que "para los efectos civiles y políticos la ley considera el matrimonio como un contrato", aunque en este libro ("De las Transacciones") no lo llega a regular con la extensión que sí lo hace el código francés.

Investigaciones más recientes permiten comprobar la estrechísima relación del proyecto Arosemena con el Código Civil peruano de 1852.

La especial vinculación del jurista panameño con el Perú, donde vivió exiliado en 1842, donde ejerció el periodismo y al que viajó repetidas veces, puede explicar la influencia que el más extenso Código peruano, dividido también en tres libros (De las Personas, Cosas y Obligaciones y Contratos distribuidos en 2.031 artículos), llegó a ejercer en Arosemena.

Limitándonos por ahora a los Libros Primeros de ambos textos, destacamos sólo a título descriptivo estas coincidencias.

Ambos siguen el modelo francés de los tres libros y un título preliminar sobre la ley; subdivididos a su vez en títulos, capítulos, secciones y artículos, aunque el código peruano expone secciones a los títulos y Arosemena las antepone a los artículos.

⁶ CUESTAS, *Romanismo...* cit.

Pero las semejanzas son impresionantes al cotejar la denominación y el ordenado a las materias.

Así, mientras el Proyecto dentro del Libro Primero denomina al Título Primero "Derechos y obligaciones de las personas según su estado natural", el Código distribuye este nombre en el Libro Primero ("De las personas y sus derechos") y en la Primera Sección ("De las Personas según su estado natural").

Esta referencia al "estado natural" de las personas será importante más tarde cuando tratemos de delimitar el concepto de persona.

Luego, el Proyecto en los capítulos 1, 2, 3 y 4 clasifica a las personas según su estado natural, nacimiento, sexo, edad y mente, mientras que el Código lo hace en los títulos 1, 2, 3 y 4 así: De los nacidos y por nacer, de los varones y mujeres, de los mayores y menores de edad y de los capaces e incapaces.

Los posteriores títulos (Arosemena) o secciones (Código peruano) siguen en estricto orden la clasificación, los derechos y obligaciones de las personas, según el estado civil, el matrimonio y la paternidad.

El orden cambia más adelante, al dedicar el Proyecto el título 5 al Poder Doméstico, mientras que la sección 5 le dedica el Código a los Guardadores.

Ambos textos dedican el número 6 al Registro del Estado Civil y mientras el Código termina en esta sección, el Proyecto dedica los títulos 7, 8, 9 y 10, respectivamente, al Registro Civil de Muertos, a las Disposiciones Generales sobre los Registros de Nacidos y Muertos (sic), Consejo de Familia y Guardadores.

Nuestro estudio recaerá solamente sobre los dos primeros capítulos (nacimiento y sexo) en que Arosemena divide el Título Primero de su Proyecto.

III. EL CONCEPTO DE PERSONA EN JUSTO AROSEMENA

Según el artículo 1 del Proyecto, "Las personas o los hombres son según su estado natural nacidos o por nacer".

La norma corresponde al artículo 1 del Código peruano ("El hombre según su estado natural es nacido o por nacer"), pero la redacción de Arosemena parece incidir más en la identificación persona-hombre, casi para reafirmar esta ecuación tan clara a los juristas clásicos romanos.

Es el concepto antiguo y concreto de persona, fuese el hombre libre o esclavo y que Salvio Juliano equipara "en casi todo" a los concebidos (D, 1, 5, 26).

Escribe Catalano que la noción legislativa peruana, recogida y ampliada por Arosemena, en la que se establece esta preliminar summa divisio de los hombres "según su estado natural", anticipa a la obra de Freitas y Vélez en su oposición a Savigny⁷.

El comentarista peruano A.G. Cornejo define a la expresión "estado natural", recogida en el Código Civil de 1852 como "una calidad independiente de la Ley,

⁷ CATALANO, Op. cit., pág. 199.

la cual no podría como no puede, ciertamente, modificarla”⁸.

Lucida concepción antipositivista que antepone la realidad ontológica de la persona humana a la abstracta creación de la ley de los Pandectistas.

Si bien muy cercano al Código peruano, es Arosemena quien primero fija legislativamente que las *personas no son únicamente las que han nacido* (“el que ya ha salido del seno materno”, art. 2), *sino también las que están por nacer* (“el concebido que no ha salido todavía del seno de la madre”).

Idéntica expresión utilizará más tarde Dalmacio Vélez Sarsfield al dedicar el Título Tercero del Libro I del Código Civil argentino de 1869, precisamente “A las personas por nacer” y en la nota al artículo 63 afirma que éstas “no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”⁹.

Ambos, Arosemena y Vélez coinciden en que se es persona, aún antes de nacer, dando continuidad a la larga tradición justiniana.

En el artículo 3 refiriéndose a las personas nacidas, el jurista panameño especifica los derechos que la ley les reconoce, a saber:

“1. el de alimentos;

2. el de ser llamados conforme a este Código, a la sucesión de sus padres o parientes;

3. el de protección que le deben los jueces o funcionarios públicos;

4. el de ser capaces de poseer y de adquirir por medio de sus padres o guardadores”.

Aquí el jurista tiende a hacer de su proyecto una ley docente, si se quiere; mientras que el Código peruano reconoce al hombre “desde que nace”, “los derechos que le declaran las leyes”, Arosemena prefiere exponer uno a uno esos derechos.

La razón la encontramos en su persistente intención de hacer de las nuevas leyes instrumentos sencillos, fácilmente comprensibles que superen de una vez por todas la confusión normativa del período colonial.

Existe en esta norma una clara influencia justiniana.

Las personas nacidas vivas (“que viven”) son titulares de esos derechos “por el sólo hecho de haber nacido”.

Es esta exactamente, la antigua regla sabiniana consagrada por el propio Justiniano en un rescripto a Juliano, Prefecto del Pretorio, según la cual se rompía el testamento que pretería a un hijo concebido, si éste nacía vivo, aunque no hubiese emitido voz y aunque hubiese muerto inmediatamente, siempre y cuando no fuese “monstruo” o “prodigio” alguno (C. 6, 29, 3).

Este último requisito que sí exige el Código peruano (“que tenga figura huma-

⁸ CORNEJO, A. G., *Comentarios al Código Civil de 1852, I*, Chiclayo, 1921, citado por CATALANO, Op. cit. pag. 199.

⁹ *Código Civil con las notas del Doctor VÉLEZ SÁRSFIELD*, Códigos y leyes usuales de la República Argentina, Félix Lajouane, editor, Calle del Perú, 53, Buenos Aires, 1888, pág. 16.

na", art. 4), no lo impone Arosemena, quien deja la interpretación de lo naturalmente somos los hombres a la prudente discreción del juez, eliminando así inútiles casuismos.

El Proyecto se refiere a las personas no nacidas ("o por nacer") en los artículos 4 y 5. El artículo 4 dice: " Los no nacidos son reputados como nacidos para todo lo que les favorece; y así gozan de los derechos especificados en el artículo anterior". El artículo 5 expresa: "Para que el no nacido *conservé después de nacer estos derechos, i transmita el de que le sucedan*, es necesario que sobreviva veinticuatro horas después de su nacimiento, sin defecto orgánico que le impida vivir por el término ordinario de la vida del hombre".

En el artículo aparece diáfana la recepción de los fragmentos jurisprudenciales de Salvio Juliano, Paulo y Celso, a su vez recogidos por la Comisión Justiniana en el Digesto e incluso del solitario paso en que Gayo en sus *Institutas* (1,147) equipara los concebidos a los nacidos "para todo lo que les favorezca".

Es posiblemente Paulo, con quien se asemeja más la redacción del artículo 4.

Según el jurista del siglo III: "*Se protege al hijo concebido como si hubiese nacido siempre que se trate de sus ventajas propias pues antes de nacer no puede favorecer a tercero*" (D, 1, 5, 7).

Pero es interesante anotar que mientras el jurista romano y el Código peruano ("art. 3: Al que está por nacer se le reputa nacido, para todo lo que le favorece"), se refieren en forma genérica a esos derechos, Arosemena es más incisivo al plantear que las *personas por nacer* ("los no nacidos"), gozan como los nacidos de los mismos derechos especificados en el artículo 3.

Y he aquí donde surge la importante proyección de esa equiparación, aún para nuestros días.

Al sustentar que las personas por nacer tienen derecho, por ejemplo, a alimentos, Arosemena permitía justificar desde entonces lo que hoy se considera un avance de nuestro mundo moderno: la concesión de la pensión alimenticia prenatal como efectiva protección de la vida del que está por nacer, y que actualmente en el derecho panameño sólo a través de una interpretación extensiva y de manera excepcional se puede otorgar¹⁰.

Al establecer el nacimiento como requisito "para que el no nacido conserve después de nacer estos derechos" (los especificados en el artículo 3), "y transmita el de que le sucedan", Arosemena se desvía de la tradición justiniana y acoge la doctrina de la viabilidad propia del derecho histórico español¹¹.

¹⁰ El artículo 43 del Código Civil panameño establece: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará..." Sólo su interpretación extensiva ha permitido a los jueces panameños conceder las llamadas "pensiones alimenticias provisionales prenatales"

¹¹ El artículo 107 del Código Civil español comentado en 1852 por GARCÍA GOYENA, establecía que "para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del

Para estos efectos, “es necesario que (el no nacido, después de nacer) sobreviva veinticuatro horas después de su nacimiento, sin defecto orgánico que le impida vivir por el término ordinario de la vida del hombre”.

Obsérvese que esa viabilidad no se exige para la adquisición de la personalidad natural, lo que entraría en contradicción con el artículo 3 (“por el sólo hecho de haber nacido”), sino que se exige para los efectos de *conservar* los derechos allí especificados y el de la propia sucesión.

Para estos mismos efectos, el Código peruano (art. 40) diferencia el nacido, del que está por nacer y añade como requisitos que el nacimiento se verifique seis meses (desde) su concepción y que tengan figura humana para que ambos (nacido y por nacer) “conserven y transmitan estos derechos”.

En realidad, la diferencia de Arosemena entre la conservación de los derechos previstos en el artículo 3 y el de la propia sucesión se explica en que no todos los derechos especificados en ese artículo pueden ser objeto de sucesión hereditaria. Solamente lo es el derecho previsto en el numeral 4, (“... poseer y ... adquirir por medio de sus padres o guardadores”).

Los 3 derechos anteriores se extinguen por la muerte por ser personalísimos.

También por el estado natural y por el sexo, el proyecto Arosemena clasifica a las personas como varones y hembras (art. 10).

A ambos les reconoce “los mismos derechos y obligaciones”, salvo las excepciones especificadas en el mismo Código.

No hemos encontrado muchas, al menos en este estudio preliminar del Libro Primero.

Sólo en el artículo 9 observamos que en el supuesto de que en un mismo parto nazcan dos criaturas de sexos diferentes, el Proyecto establece la presunción legal de que primero nació el varón (“el varón se supone nacido antes que la mujer...”), pero en todo caso “se consideran iguales para los efectos civiles”.

Finalmente vale la pena mencionar un último rasgo de la influencia del Derecho Romano en el Proyecto Arosemena.

Curiosamente al clasificar a las personas por su edad (art. 16), el Proyecto considera mayores a quienes “han cumplido veinticinco años cuando vive el padre”, siendo ésta la idéntica regla seguida por el Derecho Romano que establecía en esa misma edad la plena capacidad negocial y delictual (pubertad) del hijo de familia.

seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales”. (Cfr.) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, por el Excelentísimo D. FLORENCIO GARCÍA GOYENA, I-II, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852; pág. 121, pero con anterioridad la ley 3 de las llamadas leyes de Toro (posteriormente recopilada 2. título 5, libro 10), exigía que “había de nacer todo vivo en tiempo que podía vivir naturalmente; vivir veinte y cuatro horas naturales y ser bautizado”, plazo que terminó por adoptar el artículo 30 del Código español de 1889.

IV. EL CONCEPTO DE PERSONA EN LA LEGISLACION CIVIL POSTERIOR

El Proyecto Arosemena no pudo concretizarse en una ley y su concepto de persona, de clara continuidad justiniana, fue sustituido en los códigos civiles que rigieron en Panamá por un concepto abstracto de creación legal, acogido por el Código Civil chileno, bajo la influencia de la Pandectística alemana y en particular de Savigny.

Para el Código de Bello, "la existencia legal de toda persona, principia al nacer..." (art. 74); La Ley protege la vida del que está por nacer (art. 75); "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiere nacido y vivido estarán suspensos... hasta el nacimiento..."; el nacimiento constituye un principio de existencia... (art. 77).

Estas disposiciones reproducidas casi ad litteram por los correspondientes artículos del Código Civil del Estado Soberano de Panamá, sancionado el 23 de octubre de 1860 y que rigió hasta 1886; del Código Civil colombiano de 1872 que rigió de 1886 a 1917 y del actual Código Civil de la República de Panamá vigente desde entonces han acogido la teoría de la ficción de Savigny sobre los derechos del concebido restringiendo así el concepto de persona que en la continuidad de la tradición romana plasmaba Arosemena.

El concebido no es persona por nacer, autónoma titular de derechos específicos, puesto en el mismo plano que el ya nacido

Sólo si llega a nacer, aunque fuese un momento separado del vientre materno se le tendrá por nacido para los efectos que le favorezcan.

Es cierto que la "ley protege la vida del que está por nacer y que el juez tomará petición de cualquier persona o de oficio las providencias convenientes para proteger la existencia del no nacido" (art. 43 C. Civil Panamá), pero sólo a través de una interpretación extensiva y hasta forzada de esta norma puede llegarse a una protección adecuada del nasciturus.

Justo Arosemena, por el contrario, considera al concebido *persona por nacer* titular de derechos claramente especificados.

Ni siquiera el proyecto de nuevo Código Civil panameño preparado por el Dr. Narciso Garay ha podido librarse de la centenaria influencia pandectística.

Los artículos 6 al 9 del Capítulo Segundo De las Personas Naturales reproducen el mismo esquema y la teoría de la ficción sigue campante.

¡Ojalá se volviera la mirada y se revaluara la obra del más insigne panameño del siglo XIX!