



HACIA UNA CONCEPCIÓN PERSONALISTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES*
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI**

SOMMARIO: 1.- El sustento del derecho a la identidad personal: la concepción del ser humano como “ser libertad”. 2.- El tridimensionalismo jurídico: necesario fundamento jusfilosófico a la identidad personal. 3.- La identidad personal como derecho fundamental del ser humano. 4.- La identidad, sus tipos: la identidad estática y la dinámica. 5.- El fundamental aporte del Maestro Carlos Fernández Sessarego en el desarrollo del derecho a la identidad personal. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

1. Es necesario iniciar estas cuartillas sobre la concepción moderna sobre la capacidad jurídica, tratando algunos temas fundamentales en los que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

1.1. En efecto, la nueva concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal¹, se concreta en la

* Magister en Ciencias Internacionales y Diplomáticas por la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia), con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue investigador en materia jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Ex Becario de la Unión Europea. Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Profesor de Derecho Civil y Derecho Internacional Público en la Universidad Privada Sergio Bernaldes de Lima y Profesor Visitante de la Universidad Autónoma del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Máster en “*Ciudadanía europea e integración euro mediterránea*” por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en “*Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional*” por esta misma Casa de Estudios italiana. Cuenta con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido investigadora en materia jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, participando del bien común³. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona⁴.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica⁵.

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace que el ser humano sea único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo⁶. Es decir, que posea dignidad⁷.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo⁸. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

¹ Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que ha desarrollado en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus recientes trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 507.

² Entonces, “*la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto*”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006, pág. 112.

³ Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, pág. 02.

⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 49.

⁵ Permítasenos remitir a Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz ballazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 1061 y ss.

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 389.

⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pág. 508-509.

⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: *El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, pág. 305 y ss.



Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

La libertad ontológica, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego⁹, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “circunstancias” como decía Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”¹⁰.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad en el denominado “proyecto de vida”.

1.2. Otro factor importante para una visión moderna de la capacidad jurídica es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal¹¹. Esta versión supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres

⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, pág. 871.

¹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, pág. 872.

¹¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995, pág. 26.



dimensiones, como son la vida humana social¹², los valores¹³ y las normas jurídicas¹⁴, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no se hubiera podido elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del hombre, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

El tridimensionalismo de origen latinoamericano postula que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que, de suyo, es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores¹⁵. En efecto, cada uno de estos

¹² Para la teoría egológica del Derecho, impulsada por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, la experiencia jurídica se encuentra conformada principalmente por la realidad sociológica – conductual del ser humano: “*El Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa*”. Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 57.

¹³ Para la corriente axiológica del Derecho, los valores inmanentes sustentaban la realidad jurídica, constituyéndose en derecho natural. Así, el filósofo griego Aristóteles (384 a.c. – 322 a.c.) expresaba que “lo natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres pueden tomar en un sentido o en otro”: Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950, p. 211.

¹⁴ El egregio Kelsen afirmaba que “con la tesis de que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afirmese sólo una tautología. Pues el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma”: Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, pág. 32.

¹⁵ Respecto a los valores y los derechos primordiales del ser humano, ha escrito autorizada doctrina italiana, que los derechos inviolables de la persona tutelan valores no siempre y universalmente tutelados, pero se trata de valores que en el ámbito de la civilización occidental y, además, la sociedad de nuestro tiempo reconoce como esenciales y considera como “justo” tutelarlos prescindiendo de lo prescrito por las leyes: Bianca, Cesare Massimo,



elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “lo jurídico”. Si bien ninguno de ellos es, por sí mismo, “Derecho”, tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico¹⁶.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante.

Como lo sostiene un sector de la doctrina contemporánea, se tuvo que esperar el aporte de la Teoría Tridimensional para lograr mostrar y comprender unitariamente lo que acontece en la compleja experiencia jurídica. Es decir, para advertir que el Derecho no se agota en ninguna de las dimensiones a las que se ha hecho referencia, sino que ellas interactúan dinámicamente para obtener una concepción unitaria y real¹⁷.

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas. Y el Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi en su clásica obra *Prima lezione di diritto*¹⁸: “el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja”, pues “la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos”¹⁹. En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el

Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, pág. 14.

¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, pág. 119 y ss.

¹⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 708.

¹⁸ Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quinceésima edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 22.

¹⁹ Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 65.



también maestro Pier Giuseppe Monateri, “custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser”²⁰.

2. En el derecho romano la palabra *persona* tenía dos acepciones. En la primera, significaba ser capaz para tener derechos y deberes²¹. En la segunda, se aplica al rol que cada sujeto estaba destinado a representarlo, es decir, los diferentes estados que los hombres pueden tener, el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo, y los derechos y las obligaciones que de allí dimanaban, sin perjuicio de aplica a cada uno en particular las consecuencias de cada estado. Estas diversas cualidades, estos diferentes estados, constituían, para Roma, lo que se denominaba *persona*²².

En efecto, el Derecho en Roma dividía a las personas en esclavos y en personas libres. No obstante, la esclavitud, como enseñaba el ilustre Ortolan²³, era del derecho de gentes y no de derecho natural, debido a que los hombres no nacen ni se encuentran organizados para ser los unos la propiedad de los otros, siendo la servidumbre contraria a su naturaleza y no faltaron de proclamarlo los juristas romanos en la época en que el Derecho se hermanó con la filosofía. La esclavitud dimanaba de las costumbres y de los usos generales de las principales naciones de ese tiempo.

En Roma, las personas libres se subdividían en ciudadanos y no ciudadanos, en ingenuos y libertinos.

La división de personas en ciudadanos y no ciudadanos tenía como base la posesión o la privación del derecho de ciudadanía romana. Inicialmente, al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del derecho civil romano²⁴.

²⁰ Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, coordinada por Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009, pág. 11.

²¹ Para Savigny, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento: Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, pág. 273.

²² Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Estebán de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874, pág. 37.

²³ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, pág. 39.

²⁴ Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta



En efecto, el ciudadano romano que no estaban incapacitado por alguna causa particular gozaba de todas las prerrogativas que constituía el *jus civitatis*: participando de todas las instituciones del Derecho romano, público y privado.

Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, estaba privados de las ventajas que confería el derecho de ciudad romana y sólo participan de las instituciones del *jus Gentium*. Posteriormente, se concedió el derecho de ciudadano y, por ende, su capacidad de derecho a los extranjeros.

Los ingenuos eran aquellos que nacían libres y que habían nacido esclavos en derecho y goce de sus derechos. En tanto que el libertino era el que había sido liberado de una esclavitud legal, es decir, conforme al Derecho, contándose desde entonces como personas libres. Por el acto de la *manumisión* el amo confería la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre éste.

Si bien es cierto que no existió en el derecho de la antigua Roma una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, comprendida como actitud de un sujeto a ser, ya sea como activa o pasivamente, titular de relaciones jurídicas. No obstante, el concepto de capacidad se especificaba y se fragmentaba en concretas relaciones, con la característica de ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo. Asimismo, el Derecho de la Roma antigua negaba, total o parcialmente, la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica²⁵.

En la edad media no se registraron progresos relevantes en cuanto a la capacidad jurídica, con excepción de los revolucionarios planteamientos del cristianismo en torno a la noción de persona.

Es partir del siglo XVI donde aparecen los primeros aportes, respecto a los conceptos técnico-jurídicos en torno a los términos persona, personalidad y capacidad, vinculados entre sí. Esta elaboración teórica se encontraba en estrecha relación con el *status* o la posición que la persona ocupaba en la relación jurídica. Es en este periodo que se superó la clasificación tripartita del *status* del derecho romano. Aparte del *status libertatis*, *civitatis* y *familiae* apareció el *status naturalis* que era un concepto amplio, comprensivo, en que se involucran, además de estas específicas situaciones, otras que se son propias de la vida de relación de sujeto en sociedad, como el sexo, la edad, salud mental, etc.

No obstante, fue el pensamiento cristiano que acuñó el *status naturalis*, como era denominado el *status moralis*. Al formularse esta nueva perspectiva

el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Ferrández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961, pág. 81.

²⁵ Jörs, Paul, *Derecho privado romano, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965, p. 125.*



genérica de *status* el pensamiento jurídico se aproximó a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta en cuanto a la posición jurídica del hombre en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del ser humano que las normas otorgan efectos jurídicos, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes: en efecto, situaciones jurídicas subjetivas.

En la obra de Thomas Hobbes, que interesa a la ciencia jurídica, conformada por *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive* (1642, de la que deriva el *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de Derecho, presentó la idea del concepto persona. Son todos cuerpos físicos. Puede indicarse también a su *De Homine* para el que “*homo dicitur ex quo anima carni infunditur*”, el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la “*persona est res animata et rationabilis et individua substantia*”, la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona para la persona en el ámbito del Derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. En efecto, el cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico²⁶.

En 1765, el jurista inglés William Blackstone publicó la versión definitiva del primer libro de sus *Commentaries on the Laws of England*. Este libro perteneció al tipo de comentarios de género institucionista, el que toma como modelo las *Institutiones* bizantinas con su primera materia *De Personis*, de las personas como capacidades. Conforme no sólo al género, sino al sistema todo de cariz tradicional, eso es lo que sigue significando *persona*. La problemática de Hobbes no la hace el Derecho todavía suya ni siquiera en Inglaterra para el término *persona*. La misma entrará ahora por otra vía, la de un neologismo, *individual*, individuo.

En efecto, el primer libro de los *Commentaries* de Blackstone versó acerca de las personas, pero no *de iure personarum*, del derecho sobre las personas, sino de *The Rights of Persons*, de los derechos de las personas, con una connotación de entrada que ya pudiera no ser la de capacidades. En todo caso, el término *personae* en principio no se significaba ni podía significar ser humano, sino el papel que cumplen en la sociedad, igual que lo hacen en una obra dramática, esto es la capacidad correspondiente al status político, social o familiar, también llamado éste último por entonces *económico*.

A partir del capítulo segundo del libro primero, sobre los *Rights of Persons*, Blackstone se ocupó de la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular,

²⁶ Clavero, Bartolomé, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012, pág. 63.



sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: “*We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other*”. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad.

El primer capítulo de los *Rights of Persons* se ocupa de “*of the absolute rights of the individuals*”, de los derechos absolutos o fundamentales de los individuos, absolutos en el sentido de anteriores y superiores al ordenamiento u obligaciones para el mismo:

By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it²⁷. (“Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada”).

En efecto, el concepto absoluto de derecho genera el nuevo sujeto del *individual*, el individuo, *every man*, todo hombre, a cuya *persona* corresponden los derechos de tal condición. *Person* sigue refiriéndose a la capacidad de contar con derechos absolutos y relativos, conforme al ordenamiento jurídico:

The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons: relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other²⁸. (“Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros”).

Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Este es el lenguaje dado y el orden establecido. El referido alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas “is the

²⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893, pág. 122.

²⁸ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, pág. 122.



more popular acceptance of rights or jura”, es la acepción más extendida de las expresiones de *rights* o *iura*.

La concepción de Blackstone respecto a *persona* parte del filósofo romano Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio. En efecto, “*naturae rationabilis individua substantia*” del filósofo antiguo en inglés quiere decir: “the individual substance of a rational nature” o, si ya no se singulariza en la hipóstasis del cristianismo, “*an individual substance of a rational nature*”, el hombre entonces, el *individual*, el individuo. Según todos los indicios, el término aparece en inglés antes de pasar a otras lenguas y procede además directamente de la definición de Boecio. Frente a lo que resulta usual, el adjetivo para *individual* no deriva en inglés del sustantivo, sino al contrario, el sustantivo para *individuo* procede directamente del adjetivo *individual*, que se remota a la definición de Boecio.

En tal sentido, el *individual* constituye una clase singular de *person*, la absoluta, que puede además asumir otras *Persons*. Abundan quienes sólo pueden ser *persons* en este otro sentido, el tradicional, y no tienen acceso a la condición de *individual*. En efecto, el *individuo* como sujeto de derecho no sustituyó a *persona* como capacidad jurídica, sino se situó en su mismo escenario. Entonces, Individuo es una persona cualificada entre las personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma cualificada de *persona*.

Posteriormente, con la decadencia del iluminismo y su influencia en el pensamiento jurídico coincidió históricamente con el surgimiento en la ciencia jurídica del concepto de capacidad jurídica. Como indica el Maestro Fernández Sessarego²⁹, el jusfilósofo italiano Angelo Falzea atribuye al jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), ser el primer jurista en utilizar la expresión “capacidad jurídica” en 1803.

El maestro italiano Pasquale Stanzone³⁰ enseña que si se considera al *status* una noción sumamente genérica, por la cual con éste término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es complicado arribar a la conclusión que el Estado determina la actitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos.

Indica el Maestro de la Universidad de Salerno³¹, que ambos conceptos fueron advertidos por la doctrina francesa, la cual no dudaba en concluir esta relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*, ya sea que se

²⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), pág. 324.

³⁰ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, pág. 23.

³¹ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pág. 24.



comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal – es decir, comprendiéndola como capacidad jurídica general o de goce – y como capacidad de ejercicio.

En efecto, en el Artículo 7º del título I del *Livre premier* del Code Civil³² se establece que el ejercicio de los derechos civiles es independiente del ejercicio de los derechos políticos, los cuales se adquieren y conservan conforme a las leyes constitucionales y electorales.

Asimismo, el Artículo 8º del *Code* prescribe que todo francés goza de los derechos civiles.

En la doctrina clásica francesa, Gabriel Braudry-Lacantinerie³³ la capacidad jurídica es la aptitud para gozar o para ejercer un derecho. El defecto de la capacidad constituye la incapacidad.

Anotaba el jurista francés que gozar de un derecho es consustancial a ser titular del mismo, siendo que ser privado del goce de un derecho, no puede, por lo tanto, ser titular del mismo.

En esta línea de pensamiento, el ejercicio de un derecho, es la puesta en marcha de ese derecho. Es el resultado de los actos por los cuales el goce del derecho se manifiesta exteriormente. El sujeto de derecho no puede tener y ejercer un derecho sin poseer el disfrute del mismo.

A raíz de su ámbito de aplicación, para Braudry-Lacantinerie³⁴, la capacidad o discapacidad son generales o especiales. Las personas con discapacidad general no pueden ejercer los derechos, salvo las excepciones contempladas por la ley. La incapacidad especial es cuando se conserva la capacidad de adquirir o ejercer o gozar los derechos.

Importante fue también el planteamiento de René Demogue, tan conocido en el derecho continental por formular la distinción de las obligaciones en medios y resultados³⁵, que consideraba que la capacidad es la actitud de

³² *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Doming, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 07.

³³ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905, pág. 92.

³⁴ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, tomo premier, pág. 93.

³⁵ En efecto, Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, pág. 538 y ss., formuló la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados: “*La obligación del deudor no será siempre de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios*”. En la doctrina nacional, nos informan sobre la influencia de estas ideas, los maestros Felipe Osterling



poseer y ejercitar los derechos. Para el profesor de la Universidad de París, la teoría de la incapacidad es esencialmente individualista en su fundamento, aunque tendería a garantizar el interés social de la protección de los sujetos débiles³⁶.

Otro egregio maestro del derecho francés, Henry Capitant³⁷, consideraba que la capacidad jurídica es la aptitud de ejercer los derechos y hacerlos valer. Esta concepción de la capacidad, enseñaba Capitant, tiene dos elementos distintos y consecutivos³⁸. Uno es la adquisición de los derechos, su goce, la otra faz es hacer valer los derechos, utilizarlos, cederlos, transmitirlos a terceros, en una palabra, ejercitarlos.

Entonces, Capitant estableció dos tipos de capacidad, o más bien, dos grado de ella: la capacidad de goce y ejercicio.

Para el maestro galo la capacidad de ejercicio supone necesariamente el disfrute de la de goce, debido a que ejercer un derecho, significa ser capaz de ejercerlo. Para Capitant, el goce es concebible sin la capacidad de ejercicio. El que tiene el goce de un derecho, puede ejercitarlo o no.

Concluye Capitant, que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción³⁹.

Para Louis Josserand, que fue ilustre Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon y Consejero de la Corte de Casación francesa, en su clásico *Derecho Civil*⁴⁰ sostiene que la *capacidad* es una palabra de doble sentido, lo que mismo que *incapacidad*, su contraria: algunas veces se designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, y, por ende, se trata de una capacidad o de una incapacidad de goce (denominada equivocadamente para el jurista lionés); otras veces, y con mayor asiduidad, se trata sólo de la aptitud o falta de ella para *ejercer* los derechos de que una persona

Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011, pág. 128.

³⁶ Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, Sources des Obligations (Suite et fin), tome II, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, pág. 375.

³⁷ Capitant, Henry, *Introduction a l'etude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925, pág. 178.

³⁸ Capitant, Henry, *Introduction a l'etude du Droit Civil. Notions Générales*, pág. 179.

³⁹ Capitant, Henry, *Introduction a l'etude du Droit Civil. Notions Générales*, pág. 184.

⁴⁰ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952, pág. 262.



está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de un *incapacidad de ejercicio*.

Para el maestro Josserand, la incapacidad de goce implica la incapacidad de ejercicio o la hace más bien inútil e inconcebible, debido a una persona no podría ejercer derechos que no le corresponden. En este sentido, la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente⁴¹.

Décadas después, el *doyen* Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones⁴². La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el *doyen*, la incapacidad de goce es la inaptitud de ser sujeto de derecho y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.

En la experiencia alemana, el Código Civil o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en la sección primera, título 1 dedicado a las personas naturales, consumidor y el empresario, en el parágrafo 1 establece que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento del sujeto⁴³.

Asimismo, el parágrafo 8 del BGB establece, en cuanto al domicilio de los no plenamente capaces de obrar: (1) quien es incapaz de obrar o tiene limitada la capacidad de obrar no puede establecer ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representación legal; (2) un menor de edad casado o que ha estado casado puede autónomamente establecer y suprimir un domicilio.

Autorizada doctrina alemana, ha establecido que la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento. La personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivale a la *capacidad jurídica*⁴⁴.

Apunta el egregio Enneccerus que la capacidad jurídica no se debe confundir con la capacidad de obrar, es decir la capacidad de negociar y la

⁴¹ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, pág. 263.

⁴² Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965, pág. 636.

⁴³ *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 35.

⁴⁴ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Volumen primero: *Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 318.



capacidad de imputación – capacidad delictual, o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Asimismo, enseñaba el Maestro de la Universidad de Marburgo, que jurídicamente capaces (personas) son los hombres y, además, ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesias, Municipios, determinadas asociaciones, fundaciones, etc.) que se contraponen bajo la denominación de personas jurídicas a los hombres, como personas naturales, indicando que la capacidad jurídica de las personas descansa también en el ordenamiento jurídico⁴⁵.

Para la doctrina alemana, la capacidad jurídica del hombre termina con la muerte. La transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regula por el derecho de sucesiones⁴⁶.

Otro modelo importante, el italiano, dispone en su libro primero dedicado a las personas y de familia, en el título I de las personas físicas, establece que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento⁴⁷.

Cabe indicar también que, dentro del contexto del fascismo, el tercer párrafo del citado artículo primero se había establecido limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas, calificadas acertadamente por el Maestro y notable historiador del Derecho, Paolo Grossi, como aberrante⁴⁸. En efecto, Dino Grandi, Ministro Guardasellos en la promulgación del código italiano, expresaba sobre esta norma que “pareció conveniente, en armonía con las directivas raciales del régimen (fascista), colocar en el tercer párrafo del artículo 1º una disposición con la cual se remite a las leyes especiales por cuanto concierne a las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas. Además, la fórmula utilizada en el texto contiene una afirmación positiva, en cuanto establece el principio que la pertenencia a determinadas razas puede influir en la esfera de la capacidad jurídica de las personas”⁴⁹.

⁴⁵ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, pág. 318.

⁴⁶ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, pág. 323.

⁴⁷ *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 133.

⁴⁸ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 22.

⁴⁹ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastática della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y



En efecto, el código civil italiano de 1942, a diferencia de código de 1865, no exige ya el requisito de la vitalidad, es decir, la idoneidad del sujeto a permanecer con vida⁵⁰.

Asimismo, en el artículo segundo del *Codice* se dispone que la mayoría de edad está fijada al cumplirse los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos por los cuales no se haya establecidos una edad diversa.

Doctrina clásica italiana manifestaba que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho se encuentra constituido para su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de tal forma que no es posible concebir seres humanos que no se encuentren dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, que se adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte⁵¹. Asimismo, la clásica doctrina expresaba que la capacidad jurídica se distinguía en capacidad de derechos, propiamente dicha, y la capacidad de obra. Aquélla consistía en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones de existencia, en tanto la segunda implica la capacidad de querer. Por ello, todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos, en tanto que la capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas⁵².

La actual doctrina itálica sostiene que la capacidad jurídica es la idoneidad de ser sujeto de derechos y obligaciones⁵³, idoneidad tanto para la persona física

Nicola Rondinone, presentación de Guido Alpa y Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010, pág. 17.

⁵⁰ Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, segunda edición, G. Giappichelli, Turín, 2003, pág. 44.

⁵¹ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 99-100.

⁵² Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-América, 1938, pp. 157-158.

⁵³ Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edición, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pág. 134.



y la persona jurídica o entes dotados de personalidad⁵⁴, para las primeras se adquiere automáticamente con el nacimiento y se extingue con la muerte, para las segundas se adquiere con el reconocimiento⁵⁵.

De esta forma, la capacidad jurídica resulta así connatural a la naturaleza misma del hombre, presentándose casi como un instituto del derecho natural⁵⁶. En esta perspectiva, la capacidad jurídica sería inevitablemente connatural al hecho mismo de la existencia del sujeto⁵⁷.

En efecto, como lo ha anotado una de las más valiosas mentes del pensamiento jurídico italiano⁵⁸, la noción de capacidad jurídica reviste un innegable valor moral, expresando el definitivo repudio de discriminaciones conocidas en otras épocas históricas (como la esclavitud y la muerte civil), y se comprende el esfuerzo legislativo de remover, más allá de las persistentes disparidades de carácter formal, las desigualdades que de hecho inciden sobre la proclamada idoneidad a adquirir derechos y deberes.

Con la ley n° 6 del 09 de enero del 2004 se ha instituido en Italia la administración de sostén o de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que se distingue de las clásicas formas de tutela a los sujetos débiles por orientarse a la persona, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o en parte de autonomía. Esta nueva figura se agrega a las del tutor y curador, reguladas en la codificación civil de forma más rígida, y ha sido pensada para responder en modo diversificado a las necesidades de las personas “*privadas en todo o en parte de autonomía de las funciones de la vida cotidiana mediante intervenciones de sostén temporal o permanente*” (según establece el primer artículo de la referida ley). La administración de sostén se configura en modo flexible: puede ser instituida por sustitución o agregada a otras medidas, temporal o permanentemente, a favor de un sujeto que mantiene su capacidad de ejercicio, pero puede encontrarse en dificultad o imposibilidad, incluso temporal, para cumplir determinados actos.

⁵⁴ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2012, pág. 62.

⁵⁵ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sesta edizione, Cedam, Padua, 2009, pág. 189.

⁵⁶ También notable doctrina española ha afirmado que la aptitud de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas recibe el nombre de capacidad jurídica. Se trata de una cualidad que la persona posee por el mero hecho de serlo. No puede decirse que el Derecho se la otorga, sino que se la reconoce: De Ángel Yáñez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3° ed., *Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pág. 245.*

⁵⁷ Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, quarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006, pág. 97.

⁵⁸ Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121.



Las modalidades con la cual actúa su flexibilidad permiten una personalización de la intervención y se disponen por decisión del juez tutelar⁵⁹.

La finalidad legislativa de esta ley, como se ha anotado, pretende proteger a las personas no idóneas para el cuidado de sus propios intereses. En efecto, no se trata de personas “inexpertas”, sino más bien de personas que sufren dificultades en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana y se encuentra en ese estado, temporal o permanentemente⁶⁰.

En relación al carácter de la intervención pueden presentarse diversa casuística, como en el campo sanitario respecto al consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas o terapéuticas o en el caso de diversos grados de reducción de la capacidad de ejercicio del sujeto, teniendo en cuenta de la posible evolución de la limitación misma.

3. Partiendo de una visión moderna de la concepción del ser humano, y considerando a la ciencia jurídica desde la teoría tridimensional de Derecho, nos permite concebir los auténticos alcances de la denominada “capacidad jurídica”, entendida en su amplia acepción, así como evidenciar lo inadecuado de asumir una posición dualista, asumida por grande parte de la doctrina jurídica, al señalar que ésta tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la de ejercicio. Como ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, la capacidad genérica o de goce es inherente al ser humano⁶¹. Ésta es la potencialidad o posibilidad propias de la libertad en que consiste y fundamenta al ser humano, para volcarse en actos, en conductas intersubjetivas.

En efecto, la capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Ésta no se restringe o elimina por norma jurídica, solamente desaparece con la muerte del ser humano. Ninguna ley puede limitar las decisiones del fuero interno del sujeto del derecho⁶². Ninguna norma puede restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de los derechos naturales al ser humano.

⁵⁹ Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bologna, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006, pág. 15.

⁶⁰ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, pág. 202.

⁶¹ Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 354.

⁶² Como ha anotado el ilustre historiador del Derecho, el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, la expresión “sujeto del (o de) Derecho” es técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a aquellos entes que solo a los cuales sea posible imputar derechos y obligaciones o relaciones jurídicas en terminología también de nuestra época: Guzmán Brito,



Entonces, si la denominada capacidad genérica o de goce se encuentra dentro de la personas, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, aludir a ella se presenta de todo jurídicamente irrelevante. Ciertamente, la capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquella otro tipo de capacidad, que concierne al derecho positivo, que los juristas denominan como capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.

La capacidad genérica o de goce al ser inherente del ser humano, no es posible pretenderla limitar o restringirla normativamente. La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto, por el hecho de serlo⁶³. Esta capacidad representa o significa la potencialidad misma de la libertad para transformarse en acto, en comportamientos humanos intersubjetivos, para fenomenalizarse. En tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación o aparición en el mundo que si es posible restringirla, limitarla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, el Derecho debe centrarse en esta capacidad.

4. El representante legal se sustituye a la persona con incapacidad en el cumplimiento de todos los actos jurídicos, en el presupuesto de su no idoneidad para proveer a sus propios intereses.

Este presupuesto falta en las hipótesis de incapacidad relativa de ejercicio, en que se reconoce la actitud del sujeto al cumplimiento directo de algunos actos: los que no se encuentran reservados al representante legal en la administración de sostén (como en la experiencia italiana) o el de la ordinaria administración para el inhabilitado⁶⁴.

De tal modo, que para el cumplimiento de otros actos, el ordenamiento jurídico prevé la asistencia de otra persona – respectivamente, el *administrador* y el *curador* – con funciones de control sobre la oportunidad del acto y de integración de la voluntad del sujeto. Por ello, la posición de estos sujetos es diversa de la del representante legal, ya que no sustituye a la persona con incapacidad sino *integran su voluntad*: los actos (de extraordinaria administración) son cumplidos conjuntamente por la persona incapaz y por su asistente, y éstos no podrían cumplir un acto sin el consentimiento de su asistido.

Sostiene notable doctrina⁶⁵, que salvo algunas hipótesis menores, incluso en el caso de la curatela es necesario la autorización del juez tutelar o del tribunal

Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012, pág. 01.

⁶³ Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6° ed., Grijley, Lima, 2012, pág. 881.

⁶⁴ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 76.

⁶⁵ Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato*, pág. 135.



competente. Las consecuencias de la violación de estas disposiciones son análogas a las previstas para la hipótesis de la tutela.

Entre otras formas de protección de los sujetos débiles se encuentra la clásica institución de la interdicción. La doctrina ha establecido dos formas de ésta: la judicial y la legal. La primera tiene naturaleza protectora y es consecuencia de un proceso dirigido a comprobar la incapacidad de la persona. Es denominada en esa forma debido a que el estado de interdicción es comprobado en juicio y declarado mediante sentencia. El estado de interdicción judicial dura hasta cuando no es pronunciada, con sentencia, la revocación de la interdicción.

Otro lado, la interdicción legal es diversa a la judicial. Ésta no tiene naturaleza protectora, sino sancionadora. Es una medida punitiva. El estado de interdicción deriva de la ley.

5. A nivel internacional, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, como documento supranacional de las Naciones Unidas, tiene como finalidad la protección, promoción y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los seres humanos y de las libertades fundamentales para las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su inherente dignidad.

El citado documento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que marca un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto a las personas con discapacidad.

Los Estados Partes en la Convención se encuentran compelidos a promover y proteger el pleno disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidades, garantizando el goce pleno de igualdad ante la ley.

Para la Convención, las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras diversas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la comunidad, en igual de condiciones con los otros sujetos.

Asimismo, este documento obliga a los Estados a comprometerse a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, por lo que deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativa y de otra índole, modificación o derogación de leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, entre otros.

En aplicación del principio de no discriminación y el de igualdad, los Estados reconocen que las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna.



De este modo, los Estados Partes deben prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal efectiva e igual contra la discriminación por cualquier motivo.

Recogiendo estos principios, el Congreso de la República ha preparado el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil concerniente al ejercicio de la capacidad jurídica y su implicancia en los libros de derecho de las personas, acto jurídico, familia y sucesiones de este cuerpo normativo.

Las propuestas realizadas por el Congreso peruano son diversas respecto a la modificación del código civil en cuanto a la capacidad jurídica. Por límites de extensión, nos ocuparemos de las concernientes al libro de derecho de las personas.

Para el Artículo 1° del código que se propone modificar se agregaría, a lado del comienzo de la vida humana, que todos los seres humanos tienen capacidad de goce desde el momento del nacimiento y que al concebido se le reconoce capacidad jurídica en todo cuanto le favorezca.

Se modifica el Artículo 4° de este cuerpo normativo estableciendo que el varón y la mujer tienen capacidad de goce y de ejercicio.

El Artículo 5° del código civil modificado proclamaría que todo acto jurídico que comporte un daño a un derecho inherente a la persona humana o a los demás derechos fundamentales tutelados es considerado nulo.

En el Artículo 42° de este cuerpo normativo se establecería que toda persona humana mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Respecto al Artículo 43° se dispondría que los menores de dieciocho años pero mayores de doce años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales.

En cuanto al Artículo 44° se dispondría que sólo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona. La discapacidad no comportaría en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio. Asimismo, se propone modificar el Artículo 45° en el sentido que las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones del código y de las leyes especiales.

Por último, en el Artículo 46° se propondría que tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Como puede apreciarse, el Anteproyecto, impregnado de una posición personalista y sustentada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de las personas con discapacidad, busca una perspectiva realista de la capacidad jurídica, en tanto es inherente del ser humano, en cuanto ser libertad.

6.- Conclusiones

- El ser humano es el único ente dotado de capacidad, idoneidad o aptitud para, en cuanto ser libre, ejercer su libertad y, en consecuencia, ser titular de derechos.



- La capacidad, aptitud o idoneidad del ser humano para ejercer la libertad que es, no es cualidad agregada a su naturaleza, no es concesión de ningún ordenamiento jurídico, ni tampoco un atributo que recibe del mundo externo, sino pertenece a la mismidad ontológica de su ser, siendo el concepto de capacidad una unidad, pero que cuenta con dos fases.
- En efecto, la capacidad jurídica genérica o de goce es inherente al ser humano en cuanto ser libre. Ésta es la potencialidad inherente a la libertad en tanto *ser* del ser humano. Por el contrario, la capacidad de ejercicio o de obrar es la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación en el mundo exterior, por lo que permite limitarla, restringirla en determinada medida por el ordenamiento jurídico positivo.

7.- Bibliografía

- Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950.
- Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893.
- Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905.
- Capitant, Henry, *Introduction a l'etude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925.
- Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bolonia, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006.
- Clavero, Bartolomé, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012.
- *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro



- Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Domínguez, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
 - Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947.
 - Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938.
 - De Ángel Yáguiez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3º ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
 - Demogue, René, *Traité des Obligations en Général, I, Sources des Obligations (Suite et fin), tome II*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.
 - Demogue, René, *Traité des Obligations en Général, I, Sources des Obligations (Suite et fin), tome V*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.
 - Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 318.
 - Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6º ed., Grijley, Lima, 2012.
 - Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011.
 - Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995.
 - Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.
 - Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006.
 - Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), Ediciones Jurídicas, Lima, 2002.



- Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporáneo*, en: *La responsabilidad civil*, año V, n. 06, Utet jurídica, Turín, 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilidad civil*, año VI, n. 11, Utet jurídica, Turín, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011.
- Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, cuarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006.
- Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003.
- Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012.
- Jörs, Paul, *Derecho privado romano, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965.
- Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946.



- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, coordinada por Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009.
- Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Estebán de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874.
- Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011.
- Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2012.
- Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Ferrández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961.
- *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastática della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione de Guido Alpa y Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010.
- Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997.
- Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.
- Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976.