

¿Existe un ser humano jurídicamente “incapaz”? ¿Existe un sujeto de derecho “sin personas” que lo integren?

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos.
Doctor en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

AUTORES NACIONALES

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes.
- III. Los conceptos de “capacidad” y de persona “jurídica” según el Código Civil Peruano de 1984.
- IV. La persona jurídica.
 1. La persona “jurídica” ¿Es sujeto de derecho?
 2. La Fundación, ¿Es tan solo un conjunto de bienes?
 3. Entonces, ¿Cómo explicar el fenómeno de la persona “jurídica”?
 4. ¿Cómo describir o definir a la persona “jurídica”?
- V. La capacidad.
 1. Relación entre libertad y capacidad jurídica.
 2. La capacidad es un concepto único, no existen dos capacidades.
 3. La modificación de los artículos 3 y 4 del Código Civil y del articulado de su ejercicio.
 4. Sólo interesa al Derecho Regular el ejercicio de la capacidad.
 5. La insatisfactoria regulación de la capacidad en el Código Civil.
 6. Situación actual de la reestructuración legal del ejercicio de la capacidad.



ADVOCATUS | 35

RESUMEN:

El presente artículo trata brevemente sobre la naturaleza o estructura formal de la persona denominada "jurídica", así como también de los alcances conceptuales de la "capacidad jurídica". A través del presente texto se expone el punto de vista personal del autor sobre dicha temática, distanciándose de las concepciones tradicionales sobre dichas instituciones jurídicas aún vigentes en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de nuestros días.

Palabras clave: Sujeto de Derecho, Persona jurídica, Capacidad jurídica, Incapacidad jurídica, Regulación de la Capacidad.

ABSTRACT:

The present article briefly presents the nature or formal structure of the so-called "legal" person, as well as the conceptual scope of the "legal capacity". Through the present text, the author expresses his personal point of view, distancing itself from the traditional conceptions about these juridical institutions that are still present in the doctrine, the legislation and the jurisprudence of our days.

Keywords: Subject of Law, Legal person, Juridical capacity, Juridical incapacity, Regulation of the juridical capacity.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata brevemente sobre la naturaleza o estructura formal de la persona denominada "jurídica", así como también de los alcances conceptuales de la "capacidad jurídica". Este ha sido elaborado pensando principalmente en los estudiantes de Derecho de nuestros días, con quienes nos une una especial sintonía. En este texto, se expone nuestro punto de vista personal sobre dicha temática, distanciándonos de las concepciones tradicionales sobre dichas instituciones jurídicas aún vigentes en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de nuestros días.

Pretendemos con estas líneas redactar un apretado resumen de lo que extensamente tenemos escrito sobre tales temas, desde hace años, con el deseo de contribuir a desarrollar el espíritu crítico de los estudiantes de Derecho. Consideramos que, de vez en cuando, si tenemos dudas sobre el significado de una cierta concepción o figura jurídica, es conveniente repensar su contenido y alcances para despejarlas de nuestra mente. Sólo de esta manera y en base a una actitud creativa es que se logra el progreso y actualización de nuestra ciencia jurídica.

II. ANTECEDENTES

El concepto "capacidad jurídica" aparece en el artículo 1 del Código Civil alemán de 1900. En este numeral se lee: "*La capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento*". En este

texto se advierten, desde nuestra óptica, dos errores que son propios del momento histórico en el que se elabora el mencionado Código Civil.

El primero de tales errores, vistos a la luz de los avances científicos posteriores a la fecha de la promulgación del Código Civil alemán, es el que afirma que la capacidad jurídica comienza con el nacimiento. En la actualidad, es de conocimiento general que la vida humana comienza con la concepción, es decir, en el instante de la fusión de los núcleos del espermatozoide y del óvulo femenino. Este error se repite, por lo demás, en todos los códigos civiles que, como el germano, siguen el modelo del Código Civil francés de 1804 al considerar que la vida humana se inicia con el nacimiento.

Un novedoso aporte a la codificación civil, que ha sido puesto en evidencia y elogiado por juristas de diversos países, es el del Código Civil peruano de 1984 en cuanto es el primer cuerpo legal, a nivel del derecho comparado, que en su artículo 1 declara que la vida se inicia con la concepción y no con el nacimiento. Se trata, como se aprecia, de un cambio significativo en el Derecho en cuanto se refiere a nada menos que la vida humana, a la persona, centro y eje del derecho, es decir, al ser humano, que es el creador, el protagonista y el destinatario del derecho. El concebido, según el artículo 1 del Código Civil peruano de 1984, es un "sujeto de derecho", capaz de tener derechos y deberes, tal como los posee el recién nacido. La vida hu-

mana es una continuidad en el tiempo desde la concepción hasta la muerte.

Un segundo error –si así se le puede llamar dado el momento histórico en el que se presenta– es aquel que también encontramos en el artículo 1 del Código Civil alemán de 1900. En este caso, se refiere al hecho de utilizar la palabra “hombre” para comprender en este concepto a la mujer. Ello ocurre a pesar de que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, gracias al influjo de la filosofía de la existencia, existe la cada vez más marcada tendencia a emplear la expresión “ser humano” en lugar que la de “hombre”. El concepto “ser humano” comprende tanto al hombre como a la mujer. En términos de la realidad, tanto el hombre como la mujer pertenecen a una misma estructura existencial.

La nueva concepción en cuanto a las instituciones referentes a la persona “jurídica” y a la capacidad han sido posibles gracias a los novedosos aportes de la filosofía de la existencia, que surge entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que considera que la persona es un ser libre. Esta visión del ser humano obliga a las ciencias humanas, entre las que se encuentra el Derecho, a adecuar sus postulados en conformidad con el nuevo modelo filosófico de “ser humano” que nos ofrece dicha escuela filosófica, a la que nos adherimos entusiasmados desde que empezamos nuestro aprendizaje como estudiantes de Derecho en 1945.

III. LOS CONCEPTOS DE “CAPACIDAD” Y DE PERSONA “JURÍDICA” SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Cuando egresamos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en un lejano año de 1949, no abrigábamos ninguna duda sobre la existencia de seres humanos incapaces. Durante la época en que fuimos alumnos universitarios, tanto en los libros que revisábamos como el profesor en las clases que dictaba así nos lo ponían de manifiesto. En 1951, año en que accedimos a la docencia universitaria, repetíamos, por algún tiempo, lo aprendido de estudiantes, es decir, sobre la presencia en la realidad del existir de

personas absolutamente incapaces de poseer derechos para, luego, poder ejercerlos en la vida de relación social.

Más tarde, con el transcurrir del tiempo, en mérito a las reflexiones que fuimos forzados a realizar durante el ejercicio de la docencia en torno a algunos conceptos que no teníamos claros, comprendimos en lo que realmente consistían las instituciones jurídicas tanto de la persona llamada “jurídica”, como de la capacidad jurídica. Desde aquellos años hasta ahora no entendemos cómo es que en el Código Civil de 1984 aún resistan al tiempo los, a nuestro parecer, equivocados textos de los artículos 3 y 78 de nuestro Código Civil que regulan, respectivamente, la capacidad jurídica como la persona denominada “jurídica”. Desde el día siguiente de la promulgación de nuestro Código Civil, conocedores de la existencia de dichos artículos, se inició nuestra lucha, aún sin éxito hasta estos días, tendiente a modificar tales numerales.

En el artículo 3 del Código Civil se expresa que la capacidad de goce o de derecho “admite excepciones”, lo que a todas luces es conceptualmente inadmisibles. Es indiscutible la necesidad de redactar nuevamente dicho numeral para que se establezca con la mayor claridad lo expresado, es decir, que lo que solamente goza de “excepciones” es el “ejercicio” de la capacidad, mas no la capacidad en sí misma, como veremos más adelante.

En cuanto a la persona “jurídica”, en el artículo 78 se le define como carente de miembros y sin patrimonio. Es decir, resulta un ser inexistente, invisible, pues no se concibe un “sujeto de derecho” que no se trate de una persona o de un conjunto de ellas. ¿Existen, nos preguntamos, “sujetos de derecho” que no sean personas? Sólo el ser humano, la persona, es “sujeto de derecho”, capaz de tener derechos y deberes.

Cuando participamos como unos de los profesores que elaboramos el Código Civil de 1984, nos mostramos contrarios a la redacción con la que aparecen los mencionados numerales de este cuerpo legal. La mayoría de sus integrantes

lo impidió. Se argumentaba que ambas figuras tenían similar trato normativo en la codificación comparada, que sólo se seguía un modelo existente. Posteriormente, en el año de 1983, ante la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, intentamos la modificación de tales artículos, sin lograrlo. Se sostuvo que no se encontraba un argumento para su cambio, así como que ambas figuras habían operado sin problemas en el ejercicio del derecho.

En mi calidad de Director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en el año de 1991, movidos por el interés de modificar los artículos 3 y 78 y los que fueran necesarios del Código Civil, convocamos a los más destacados profesores de Derecho Civil de las diversas Facultades de Derecho que funcionaban en la capital para que, a través de tantas comisiones como Libros tiene el Código, se pudiera estudiar y proponer las necesarias enmiendas a su articulado.

Cumplido el encargo, pusimos en conocimiento del Congreso de la República los resultados obtenidos, los que sirvieron para se dictara la Ley 26394, del 22 de noviembre de 1994 designando una Comisión para que, en vista de dichos resultados, procediera a proponer las enmiendas que considerasen necesarias para perfeccionar el articulado Código Civil.

En el curso de los años, han existido tres diversas comisiones que cumplieron en su momento con el encargo recibido proponiendo las enmiendas al articulado del Código Civil que consideraban importantes. La primera de ellas se reunió en 1995, por pocos meses; la segunda funcionó entre fines de 1997 e inicios de 1998; y, la tercera, en el 2006. Los más completos resultados fueron aquellos alcanzados por la que se reunió en 1997-1998. Lamentablemente, todo lo realizado fue un esfuerzo inútil pues el Congreso se desentendió del problema por más de veinte (20) años. Felizmente, hace poco tiempo se han retomado los trabajos a través de una nueva Comisión, la misma que se encuentra en actividad.

IV. PERSONA "JURÍDICA"

1. La persona "jurídica", ¿Es sujeto de derecho?

Nuestra perplejidad como estudiantes de Derecho era la de comprender la manifiesta contradicción existente en el Código Civil pues contábamos, por un lado, con lo afirmado por nuestros profesores en cuanto a que sólo la persona, el ser humano, es "sujeto de derecho" y, por el otro, lo sostenido por ellos mismos en el sentido que siendo la persona "jurídica" carente de personas que la integraran, según el artículo 78 del Código Civil, era también "sujeto de derecho". En base a lo expresado comprendimos erróneamente que aparentemente existían dos personas diferentes: una "natural", de carne y hueso, y la otra "jurídica", como un ente ideal fuera de la realidad de la vida. Lo que no entendimos, hasta que volvimos sobre el tema siendo profesores, fue la historia y la razón de la contradicción existente en el sentido que en la composición de la "jurídica" no existían personas y, sin embargo, no obstante, no tener seres humanos como miembros, resultaba también persona. Ello no podía ser tan así que los seres humanos no sólo constituían a la persona "jurídica" sino que actuaban en la realidad de la vida.

En el transcurso de las discusiones producidas en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil sobre el tema de aquello en que realmente consiste la persona "jurídica" se nos presentó, ocasionalmente, la extraordinaria e impensable oportunidad de dejar sentado nuestro personal punto de vista sobre la persona "jurídica" al tener que reelaborar, por decisión de la citada Comisión, los textos de los numerales 80, 99, 111 y 134 del Código Civil. La tarea la cumplimos, pero en sentido diametralmente contradictorio a lo prescrito en el artículo 78, en el sentido que la persona llamada "jurídica" en la realidad de la vida, que es lo que interesa al Derecho es siempre, sin excepción, una "organización de personas". Sin personas no existe "sujeto de derecho", es decir, sin la presencia del ente "ser humano" como el único ser capaz de tener derechos y deberes.

Dicha referida oportunidad se presentó cuando en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil se discutió en 1983 el tema de la persona "jurídica". Fue en ese momento en el que se nos requirió, como ponentes del Libro de Derecho de las Personas, que corrigiéramos la supuesta omisión que aparecía en el Código Civil en el sentido que no se había definido a cada una de las cuatro personas "jurídicas", es decir, la Asociación, la Fundación, el Comité y la Comunidad Campesina y Nativa. Personalmente somos contrarios a las definiciones en los códigos. En estos se prescribe tan sólo lo que está permitido o prohibido.

A pesar de nuestra convicción contraria a consignar definiciones en los códigos, ya que ello es tarea de la doctrina, accedimos a lo requerido por la Comisión Revisora con el secreto propósito de incorporar en las definiciones de cada una de las personas "jurídicas" que aparecían en el Código los elementos faltantes, es decir, tanto las personas como el patrimonio. Fue así que en el artículo 80 del Código Civil, contrariamente a lo dispuesto en el numeral 78 del Código que excluye en su composición a las personas humanas, se define a la Asociación como "una organización de personas". Igual tratamiento está consignado en el artículo 111 donde se expresa que el Comité es una "organización de personas". El mismo principio, como no podía ser de otra manera, se otorga a la Comunidad Campesina y Nativa. En su numeral 134 se determina que ellas son organizaciones constituidas por "personas naturales". Todas estas personas jurídicas, obviamente, cuentan con un patrimonio para el cumplimiento de sus respectivos fines que son cumplidos, no por fantasmas, sino por las personas que las integran y que actúan en la realidad de la vida que es la del derecho. Lo único que ocurre es que ellas no responden por las deudas ni tienen derecho sobre el patrimonio del "sujeto de derecho" al haberse derivado este privilegio a un centro unitario ideal, producto de la técnica jurídica a nivel de la dimensión normativa. Este centro unitario ideal, que actúa como punto referencia en cuanto a las deudas y al patrimonio desaparece y se retorna a la realidad cuando se procede a la liquidación del "sujeto de derecho".

La vida de relación interpersonal es la realidad del derecho en tanto que éste no existe sin la presencia y actividad de seres humanos. Lo que no está en la vida humana no está en el derecho. Es en la vida humana en la que se valoran sus conductas, es decir, se consideran si ellas son justas o injustas para, luego, proceder a su regulación normativa a través de prescripciones que permiten las justas y prohíben las que no lo son. La ruta obligada del derecho es, por lo tanto, en primer lugar, la vida humana, luego su valoración y, al fin, la prescripción normativa. Sin la presencia de seres humanos no hay Derecho.

2. La Fundación, ¿tan sólo un conjunto de bienes?

A estas alturas nos preguntarán por la razón por la cual no nos hemos referido a la fundación en el lugar en el cual tratamos lo concerniente a las demás personas "jurídicas". La respuesta a esta omisión la constituye una anécdota que no podemos olvidar no obstante los más de treinta (30) años transcurridos desde que ella se originó.

Recordarán que en el artículo 64 del derogado Código Civil de 1936 se definía al objeto de las fundaciones como el hecho de "afectar bienes en favor de un fin especial". Este era el modelo que se quería repetir en el Código de 1984. Por nuestra parte tratamos de convencer a los miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de Código que, según nuestro criterio, no podía considerarse como "sujeto de derecho" a un simple conjunto de "bienes en favor de un fin especial". Se reiteró que los bienes no constituyen un "sujeto de derecho", desde que sólo el ser humano, la persona, podía ostentar esta calidad. Los bienes tienen tan sólo un carácter instrumental.

Después de un cambio de ideas los miembros de la Comisión Revisora insistían en incorporar en el cuerpo legal en proceso de redacción el modelo del Código Civil de 1936, en el sentido que el "sujeto de derecho" denominado fundación es tan sólo "un conjunto de bienes". En esta tensa situación un integrante de aquel grupo de trabajo normativo planteó una posi-

ción que consideró como "transaccional" entre las posiciones discrepantes. El legislador en referencia propuso que solamente se expresara en el Código el hecho que la fundación es una "organización", eliminando que la misma es de "personas".

Sin demora alguna accedimos a la propuesta en mención. Pensamos que sólo los seres humanos son capaces de organizar objetos de la realidad social, por lo que la correcta interpretación no ofrecía dudas. Además, en todas las otras personas jurídicas reguladas por el Código se hacía referencia a que la organización en que ellas consistían es una de "personas". Hasta los años que corren, que son más de treinta (30) desde la promulgación del Código Civil en 1984, no ha habido en la doctrina nacional otra interpretación que la antes citada. Ni los tigres ni las codornices organizan "un conjunto de bienes".

3. Entonces, ¿cómo explicar el fenómeno de la persona "jurídica"?

Para explicar en qué consiste la persona "jurídica" debemos acudir a la formalidad técnica que, en su momento, estuvo a cargo de la escuela pandectística alemana que recurrió a este artificio para su creación. Esta operación formal se realiza a partir del propio derecho en su dimensión normativa con abstracción de la realidad social. Es decir, no se regularon ni valoraron conductas humanas en la realidad de la vida, sino que se estableció, a nivel puramente normativo, un beneficio en favor de las personas que necesariamente integran la persona "jurídica".

Savigny, por ello, expresó que se trataba de una persona "jurídica", desde que es producto del mismo derecho a nivel puramente normativo y no un nuevo "sujeto de derecho" que sólo está compuesto por personas humanas. La persona, que la pandectística alemana denominó "jurídica", recurrió a un proceso innecesario para conceder un "privilegio" en favor de los seres humanos que en la realidad del derecho integran la persona "jurídica". Ello se justificó, entre otros motivos, para favorecer la vida de los negocios.

El "sujeto de derecho" ya existía en la realidad de la vida con sus miembros y su patrimonio antes de la creación de la designada como "jurídica" por lo que, contrariamente a lo descrito en el artículo 78 del Código Civil, esta última no está vacía de contenido humano o de bienes. Lo que ocurre es, reiteramos, que dicho numeral supone la utilización de la técnica jurídica para expresar que lo que se pretende con la creación de persona "jurídica" es el privilegiar a los miembros de dicho "sujeto de derecho" al efecto que ninguno de ellos, a título personal, está obligado a pagar las deudas del "sujeto de derecho". Por ello se prescribe, obviamente, que dicho sujeto carece de patrimonio.

La persona "jurídica", como lo explicita el artículo 78 del Código Civil, resulta así una entidad distinta de sus miembros, un centro unitario ideal, a nivel estrictamente normativo, creado con una específica finalidad como la señalada.

La persona "jurídica", creada a nivel exclusivamente normativo, deja de existir al disolverse el "sujeto de derecho". En este momento, los miembros y el patrimonio, que en la realidad nunca desaparecieron, "reaparecen". De ahí que sea posible el reparto de utilidades entre los supuestos "inexistentes" miembros de la persona jurídica.

4. ¿Cómo describir o definir a la persona "jurídica"?

Existen varias formas de describir a la persona "jurídica". Lo que hay que destacar en cualquier redacción es que, por el hecho de un recurso de técnica jurídica, es posible formalmente desplazar a un centro unitario ideal de referencias, inexistente en la realidad, la "responsabilidad" que le correspondería a cada uno de los integrantes de la persona "jurídica" como es el asumir, llegado el caso, la parte correspondiente de las deudas de la entidad. Es decir, que la descripción podría ser, entre otras, la que expresara que es una organización de personas que persigue fines valiosos que, "por el hecho de su inscripción formal en un registro público", ninguno de sus miembros está obligado a pagar personalmente sus deudas por lo que, simultá-

neamente, no tiene derecho al patrimonio de la entidad que opera en la realidad social.

En relación al tema, la materia se ha discutido en diversos foros jurídicos donde siempre se han enfrentado la teoría normativista con la realista de la institución sobre la que venimos tratando,

Sobre el tema tenemos escritos algunos artículos incidiendo en lo puesto de manifiesto en precedencia¹.

V. LA CAPACIDAD

1. Relación entre libertad y persona jurídica.

Para comprender la discapacidad es indispensable entender en qué consiste la capacidad jurídica. Para ello hay que referirse a la libertad. No podemos perder de vista que la libertad es nada menos que el SER del hombre. Es decir, lo que lo hace hacer "ser humano", distinguiéndolo de los demás animales mamíferos de su especie, especialmente de los antropoides. No olvidemos, tampoco, que la "razón", como se proclamaba antaño que era el ser del hombre, deja dicha posición central del ser humano para ser, precisamente, desplazada por la "libertad".

La libertad en cuanto *ser del hombre*, como en el caso de Dios, es indefinible. Se le vive, se le siente, se le percibe en los escasos instantes de ser presa de una profunda angustia existencial frente a una muy importante decisión que debemos adoptar sobre nuestra vida. Es, como sostiene Sartre, una oportunidad que raramente

se presenta en el curso de la existencia. La angustia "existencial" compromete todo nuestro ser, por lo que es diferente a una angustia que se origina, comúnmente, a raíz de un estado de nerviosismo ante una eventualidad que nos preocupa.

La capacidad es inherente a la libertad, al ser mismo del hombre. No se concibe la libertad carente de la capacidad de traducirse en acción, en conducta. A la libertad se le conoce por uno de sus atributos como siendo la "decisión que el ser humano adopta por sí mismo" sobre cualquier acontecimiento de su existencia. La capacidad es la que convierte a la libertad en acto, en conducta, en proyecto de vida. Para ello, la capacidad se vale de todas las potencialidades y energías del ser humano, especialmente de su voluntad instrumental. Ser libre es "ser capaz" de realizarse como ser humano, de cumplir con su personal proyecto de vida.

Una clara conclusión de lo anteriormente expresado es que si la capacidad es inherente a la libertad, no existe persona de la pueda calificarse como "incapaz". No es posible concebir un ser humano incapaz. Se es capaz desde la concepción hasta la muerte. No existen concebidos, ni personas en coma o sin consciencia de la que pueda decirse que es incapaz. Poseen capacidad, mientras vivan. Lo que sucede es que, siendo capaces, no pueden ejercer por sí mismos esa capacidad. De lo contrario, no podría explicarse la existencia de la figura jurídica de la representación. Se representa a los seres humanos que, siendo "capaces", no pueden ejercer su capacidad por sí mismos.

1. Entre lo escrito sobre la persona jurídica puede consultarse *Derecho de las Personas* (Exposición de Motivos y comentarios) desde la primera edición en 1986 hasta décimo tercera del 2016; *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Motivensa, 2009, ver p. 651 y siguientes; *El derecho a imaginar el derecho*. Lima: Idemsa, 2011, ver p. 493 y siguientes; "Visión tridimensional de la persona jurídica". En: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV, Nº 4, Trujillo: octubre-diciembre 1977; "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año XL, Segunda época, Nº 33. Buenos Aires: 1996; "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", Vol. 56, Buenos Aires, julio-agosto 1995; en "Iuris Dictio", Año II, Nº 3. Lima: 1997; "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Nº 89, México: Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto 1997; *La persona jurídica, ¿es distinta de sus miembros?* Tomo 50. Lima: Gaceta Jurídica, enero, 1998; *Descripción de la persona jurídica*, "Legal Express", Año 3, Nº 26. Lima: febrero, 2003 y en "La Ley", Actualidad, Año LXII, Nº 89, Buenos Aires, 15 de mayo del 2003; *La irrealidad del artículo 78º del Código Civil*, "Gaceta Jurídica", Año 2, Nº 51. Lima: febrero 1998; *¿Qué clase de objeto es la persona jurídica?*, en "Actualidad Jurídica", publicación de "Gaceta Jurídica", Tomo 112. Lima: marzo del 2003 y en "La Ley", "Actualidad", Año LXVII, Nº 93. Buenos Aires: 15 de mayo del 2003.

De lo expuesto puede sostenerse que la palabra incapaz debe desaparecer del lenguaje jurídico. Lo que existen, reiteramos, son seres humanos que no pueden ejercer su capacidad por sí mismos. De ahí que debe reestructurarse íntegramente el capítulo de la capacidad tanto en el Código Civil como en otros sectores de la legislación que se refieren al tema.

En años recientes se va comprendiendo esta situación, ignorada en el pasado, referente a los alcances conceptuales de la capacidad. En la actualidad se está investigando por doquier todo lo concerniente a las diversas limitaciones en cuanto al ejercicio de la capacidad, así como la situación de los discapacitados. Al lado de ellos aparecen también otras personas que, por alguna razón, se hallan en la situación de no poder ejercer su capacidad por sí mismos en ciertas áreas de su vivir.

Por lo expuesto, reiteramos que es imprescindible la tan antiguamente esperada reestructuración del mencionado artículo 3 de nuestro vigente Código Civil de 1984 para que se exprese que la capacidad "no admite excepciones", que es plena e inherente al ser humano y que lo que se restringe o limita es solamente el ejercicio, por sí mismos, de la capacidad que nunca perdieron durante su vida, desde la concepción hasta la muerte.

Sobre el tema de la capacidad tenemos escritos varios textos en el transcurso del tiempo².

2. La capacidad es un concepto único, no existen dos capacidades.

Como suele comúnmente pensarse no existen dos capacidades, la de goce o de derecho, por

un lado y, por el otro, la de ejercicio o de obrar. Se trata simplemente de la *capacidad*, la que inherente a la naturaleza de todo ser humano, y de su "correspondiente ejercicio". La capacidad es un concepto "único".

No existe una capacidad de ejercicio independiente sin conexión con una determinada capacidad. No existe, por consiguiente, una capacidad de ejercicio en abstracto, sino siempre con referencia a una específica capacidad. Todo ejercicio es el que corresponde a una cierta capacidad.

La capacidad, para el efecto de su ejercicio se vale, como está dicho, de todas las potencialidades y energías propias del ser humano, especialmente de la voluntad. De una voluntad que cumple un rol instrumental para que mediante el ejercicio de la capacidad la libertad se convierta de ontológica, en cuanto producto de una decisión libre, en fenoménica. Es decir, que, por una decisión de la libertad, en cuanto ser del hombre, la libertad se convierte en acto, en conducta, en realización de un personal proyecto de vida.

A través del ejercicio de la capacidad la libertad se despliega en el mundo exterior.

Recordamos con claridad que nuestro profesor universitario del curso de Derecho de las Personas participaba de la antigua concepción de la existencia de dos capacidades. Esta concepción, aprendida en las aulas universitarias y en diversos textos, la tuvimos que variar durante nuestros primeros años como docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos. Ello ocurriría en el curso de los años finales de la década de los años cincuenta del siglo pasado.

2. Entre lo escrito sobre el tema puede verse la temática en los libros citados en la nota anterior, es decir, *Derecho de las Personas, Los 25 años del Código Civil peruano y El derecho a imaginar el derecho*. También en *El histórico problema de la capacidad jurídica, en Diez años del Código Civil peruano, balance y perspectivas*, Tomo I. Lima: Universidad de Lima, W.G. Editores, 1995 y en *El derecho de las personas en el umbral del siglo XXI*, Lima: Ediciones Jurídicas, 2002. También en *La capacidad de goce, ¿es posible su restricción legal?*, Lima: "Cathedra", Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, Palestra Editores, Año 3, N° 5, diciembre de 1999 y, abreviada, en "Vox Juris", Revista de Derecho, N° 10, Universidad San Martín de Porres, Lima, 1999; "La capacidad de goce, ¿admite excepciones?". En: "Iuris Omnes", Revista de la Corte Superior de Arequipa, Año VIII, N°2. Arequipa, 2006; *Nuevas tendencias en el Derecho*, Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2004.

Para lograr el esclarecimiento del tema de la capacidad nos valimos de un artículo de la Constitución de 1979 –derogada por un golpe de Estado en 1992– y reiterado en la vigente de 1993. Nos referimos al numeral 71 de esta última Constitución el que prescribe que los extranjeros no pueden *“adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido”*.

Después de repensar el contenido del mencionado artículo 71 comprendimos que el propietario no perdía su capacidad de ser propietario de todos los bienes enumerados en dicho numeral, sino que sólo, por disposición legal, estaba impedido de ejercer su derecho en relación con cualquiera de ellos. Lo que se limita o restringe no es la capacidad, que nunca se pierde, sino su ejercicio. Es decir que, cuando supuestamente se derogue el citado artículo constitucional, no es que el propietario readquiera su derecho de ser propietario, que nunca perdió, sino tan sólo recupera su ejercicio. La capacidad se pierde sólo con la muerte.

3. La modificación de los artículos 3 y 4 del Código Civil y del articulado de su ejercicio.

En cuanto al tratamiento de la capacidad, tal como lo hemos sostenido desde hace por lo menos tres décadas y tal como se expresa al inicio de este breve artículo, es necesario modificar el artículo 3 del Código Civil. El cambio se explica debido al importante e indispensable propósito de esclarecer que la capacidad, como concepto único, no admite excepciones. Dicho numeral prescribe indebidamente que: *“Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”*. Como se aprecia de la lectura del mencionado artículo 3, se utiliza la expresión “capacidad de goce” confirmando que existiría otra capacidad, como sería la de “ejercicio”. La primera modificación es la de eliminar la expresión “de goce”.

El segundo cambio en la redacción del citado artículo 3 es la de eliminar la frase “salvo las ex-

cepciones expresamente establecidas por ley”. Esta modificación es imprescindible en virtud de los argumentos expuestos en precedencia, es decir, que la capacidad, que es inherente a la libertad del ser humano, no admite excepciones. Como está dicho, se pierde con la muerte de la persona. Las excepciones, restricciones o limitaciones se refieren solamente al ejercicio de la capacidad.

En las sesiones de la Comisión Oficial, designada en 1994 para elaborar las necesarias enmiendas al Código Civil, después de amplias deliberaciones, se logró aprobar, por unanimidad, un texto modificatorio del artículo 3 en mención, en los siguientes términos: *“Todos tienen el goce de los derechos inherentes al ser humano, salvo las limitaciones a su ejercicio, expresamente establecidas por ley”*.

Como se desprende del mencionado proyecto, se afirma que el goce de los derechos es inherente al ser humano, pertenece a su propia naturaleza, por lo que no cabe limitación alguna. Las limitaciones se contraen tan sólo a su ejercicio sobre la base de una expresa disposición legal.

De igual modo debe también modificarse la redacción del artículo 4 del Código Civil que se refiere a la igualdad de derechos entre varón y mujer. En este numeral se señala que: “El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles”. En este numeral aparece nuevamente lo que consideramos un error, como lo tenemos dicho, es la existencia de dos capacidades. Por ello sería suficiente que el nuevo artículo exprese que: *“El varón y la mujer tienen igual capacidad, así como la de su ejercicio”*.

4. Sólo interesa al derecho regular el ejercicio de la capacidad.

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir, desde nuestro punto de vista, que luego de modificar los artículos 3 y 4 del Código Civil relativos al concepto “capacidad”, sólo le interesa al derecho regular normativamente lo concerniente al “ejercicio de la capacidad”. Así como no se puede regular la libertad, en cuanto

ser del hombre, si es posible limitar o restringir su ejercicio, como en efecto sucede.

Como corolario de todo lo argumentado en estas breves líneas consideramos que debemos empezar a hacer el esfuerzo de adoptar la costumbre de eliminar del vocabulario jurídico los adjetivos "de derecho" o "de goce" que se atribuyen indebidamente a la capacidad para referirse simplemente a la "capacidad".

5. La insatisfactoria regulación del ejercicio de la capacidad en el Código Civil.

Estuvimos totalmente insatisfechos con la regulación del ejercicio de la capacidad tal como se trató en el Código Civil de 1936. Con el transcurso de los años nos correspondió, como miembros de la Comisión Redactora de Código Civil de 1984, ser el ponente del Libro Primero dedicado al derecho de las personas. Fue recién en esta coyuntura que, al revisar nuevamente la parte del Código de 1936 dedicado a la regulación de las limitaciones al ejercicio de la capacidad, comprendimos que había que cambiar dicho tratamiento en el momento de redactar esta figura jurídica.

Cuando en 1965 se comenzó a elaborar el actual Código Civil, y hasta 1984 en que se promulgó, no existían antecedentes en el derecho comparado ni en la doctrina ni en la legislación sobre el tema atinente al ejercicio de la capacidad. Por lo demás, no nos encontrábamos en condiciones ni poseíamos conocimientos suficientes para emprender una tan delicada tarea destinada a modificar una tan compleja y multidisciplinaria materia.

Recordamos que, frente al desolador cuadro antes descrito, requeríamos de algunas nuevas ideas básicas provenientes del exterior sobre el asunto de la limitación del ejercicio de la capacidad para, a partir de ellas, emprender la tarea pendiente. Ansiosos por encontrar inspiración en algunos novedosos aportes del derecho comparado en la materia, encomendamos a dos ex alumnos, que viajaron becados a estudiar en Italia, que se preocuparan por

investigar sobre el tema con el propósito de localizar nuevos planteamientos que fueran de utilidad para la formulación de una legislación adecuada a la realidad de la vida sobre las limitaciones al ejercicio de la capacidad. El resultado de la indagación fue negativo. Fue una nueva frustración.

Sólo simplemente poseíamos una inquietud en el sentido que el asunto relativo al ejercicio de la capacidad requería de un nuevo enfoque acorde con los progresos científicos alcanzados. Teníamos, en aquellos tiempos, una idea madre referente a que el tratamiento de las limitaciones en lo relativo al ejercicio de la capacidad debería hacerse caso por caso, persona por persona, y no de la manera simple y generalizada con la que generalmente se resolvían judicialmente dichas situaciones.

6. Situación actual de la reestructuración legal del ejercicio de la capacidad.

Felizmente, en años recientes ha surgido en el Derecho Comparado la urgencia por afrontar la tarea, esperada desde antiguo, consistente en renovar íntegramente la legislación en el área de las limitaciones al ejercicio de la capacidad. El tema se ha abordado principalmente en lo relativo a lo que se conoce como aquellas actividades propias de las personas con diversas discapacidades. Contamos ya, como se sabe, con nuevos enfoques sobre el tema que han empezado a rendir resultados positivos tanto doctrinales como legislativos, lo que es alentador. Prueba de ello es, por ejemplo, la ley francesa 2005-102, del 11 de febrero del 2005, sobre "la igualdad de los derechos y las chances, la participación y la ciudadanía de las personas discapacitadas".

Se trata de una ley, digna de revisarse, con la que se protege, con una visión amplia propia de nuestro tiempo, los derechos y las chances de los discapacitados. Este aspecto se confirma, por ejemplo, cuando en su artículo 11 se refiere a la protección del "proyecto de vida" de los discapacitados, figura jurídica creada en los años ochenta del siglo XX en el Perú.

En el Perú sabemos, por haber participado ocasionalmente y en la actualidad como invitados

en alguna sesión, tanto de una Comisión Oficial designada para proponer enmiendas al Código Civil como a nivel del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que se está tratando lo atinente a la modificación y actualización de lo concerniente al ejercicio de la capacidad, con singular atención en los discapacitados.

Nos felicitamos por el trabajo que vienen realizando tales comisiones y guardamos la esperanza que, después de años de reclamarlo en foros

y escritos, contemos en el Perú con una legislación sobre el ejercicio de la capacidad acorde con los tiempos y, sobre todo, en consonancia con los requerimientos propios de las personas privadas, por diversas circunstancias, de la posibilidad de ejercer, por sí mismas, de algunos o de todos sus derechos. De los derechos que les corresponden, mientras vivan, de su propia capacidad que es inherente a su libertad en tanto seres humanos. Es decir, de una capacidad que sólo es eliminable con la muerte de la persona,