



## LA CAPACIDAD DE GOCE: ¿ES POSIBLE SU RESTRICCIÓN LEGAL?<sup>1</sup>

Por: **Carlos Fernández Sessarego**

### Sumario

1. Irrelevancia jurídica de la capacidad genérica o de goce
2. La capacidad de goce en la doctrina jurídica contemporánea
3. Un ejemplo esclarecedor
4. La capacidad genérica o de goce en el Código civil peruano de 1984 y en el Proyecto de Código civil argentino de 1998
5. Itinerario de una reforma anunciada

### 1. Irrelevancia jurídica de la capacidad genérica o de goce

Consideramos oportuno, por la importancia que el tema reviste para la ciencia jurídica formular, desde nuestra perspectiva, algunas breves apreciaciones críticas sobre los alcances del concepto de "capacidad jurídica", ya sea tanto de la que se designa como capacidad genérica, de goce o de derecho, como aquella conocida como de ejercicio, de hecho o de obrar. Estas reflexiones se vierten, concretamente, en torno a la concepción que sobre el tema es acogida en el artículo 3º del Código civil peruano de 1984 y en el artículo 18º del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 y presentado a la Cámara de Diputados en julio de 1999<sup>2</sup>. Como resultado de estas apreciaciones, presentaremos y fundamentaremos la fórmula sustitutoria del texto del artículo 3º del Código civil peruano -que es similar en esencia al 18º del Proyecto argentino- la misma que ha sido aprobada por la Comisión que actualmente en el Perú viene revisando dicho Código para elaborar un proyecto de enmiendas que podrían introducirse en su texto para perfeccionarlo y actualizarlo.

Debemos aclarar que no adherimos a la posición dualista que asume un sector mayoritario de la doctrina jurídica en torno a la capacidad. Ello, por cuanto consideramos que la capacidad genérica o de goce es inherente a la naturaleza

---

<sup>1</sup> El artículo ha sido publicado en la revista "Cathedra", editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Año III, N° 5, Palestra Editores, Lima, diciembre de 1999; en "Jurisprudencia Argentina", N° 6185, Buenos Aires, marzo 15 del 2000 y, en versión abreviada, en "Vox Juris", Revista de Derecho, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, edición N° 10, Lima, 1999.

<sup>2</sup> Sobre el tema puede consultarse del autor el trabajo *El histórico problema de la capacidad jurídica*, que fuera publicado en "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectiva", Universidad de Lima y Editorial W. Gutiérrez, Lima, Tomo II, 1998, pág. 73 y sgts.

del ser humano. Se constituye como la posibilidad o potencialidad propias de la libertad subjetiva -en que consiste el ser del hombre- para su transformación en actos, en conductas humanas intersubjetivas. La pura subjetividad humana, bien lo sabemos, no es materia jurídicamente regulable. Sólo lo son las conductas humanas intersubjetivas, las relaciones interpersonales. Es decir, la libertad fenomenalizada. Así como todos los seres humanos son ontológicamente *ser libertad*, así también todos ellos tienen similar capacidad genérica o de goce. Todos los seres humanos poseen una natural aptitud para convertir en actos o conductas sus decisiones libres.

Así como existe una sola libertad existe también una sola capacidad. Lo que ocurre es que ambas, libertad y capacidad, se nos presentan en dos instancias o momentos. El primero es subjetivo. En cuanto a la libertad, este instante representa el poder de la persona de decidir por sí misma. Esta decisión, en que consiste la libertad, se da en el ámbito de la pura subjetividad, por lo que no se exterioriza.

En lo atinente a la capacidad, el instante subjetivo es el de la pura aptitud que tiene todo ser humano, por ser tal, de gozar de todos los derechos inherentes a su naturaleza de ser humano. Todos los hombres son igualmente libres y todos tienen también igual capacidad de goce. Esta capacidad, que es una mera potencialidad, pertenece al mundo íntimo de la persona. Un ser ontológicamente libre posee, naturalmente, la aptitud para realizar todos los actos necesarios para cumplir con su proyecto de vida. El ser humano tiene la connatural aptitud o capacidad para decidirse entre un infinito abanico de posibilidades existenciales. Libertad y capacidad de goce son elementos indisolubles, indeliguables. No se comprende la libertad sin la aptitud o capacidad, que le es inherente, de realizarse en el mundo fenoménico.

La libertad, en cuanto poder de decisión, tiene vocación por convertirse en acto, en conducta humana intersubjetiva. Por ello, en virtud de la capacidad de goce -que le es inherente- se vuelca al mundo exterior, se transforma de potencia en acto. La libertad subjetiva y su capacidad inherente, que es aptitud para gozar de todos o de cualquier derecho, puede o no realizarse, puede o no fenomenalizarse. Si la persona está dotada por el ordenamiento jurídico positivo de capacidad jurídica de ejercicio, de hecho o de obrar, podrá objetivar la libertad, podrá ocurrir que la genérica y potencial aptitud para gozar de un derecho se convierta en efectivo ejercicio del mismo. Si esto ocurre estamos frente a la libertad objetiva, que se exterioriza, que se muestra en el mundo fenoménico. En esta hipótesis, el sujeto ejercerá, en cuanto era apto para ello, el derecho que le era inherente en tanto ser libre y genéricamente capaz. Se pasará del momento subjetivo, interior, al objetivo o exterior. Es en este segundo instante, en el que la conducta humana se interfiere con otras conductas, en el que es aplicable el derecho.

Ante lo expuesto es razonable preguntarse, ¿ de qué me valdría *ser* libre si no tengo la inherente aptitud o capacidad genérica o de goce para convertir mi decisión subjetiva en acto, en un determinado comportamiento o conducta humana intersubjetiva ?. De ahí que tanto la libertad subjetiva y la libertad objetiva

como la capacidad jurídica, genérica o de goce y la capacidad de ejercicio o de obrar, son cada cual una unidad que se nos muestra a través de dos vertientes, momentos o instancias en el devenir existencial del ser humano.

La capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Tanto una como la otra son inmunes al derecho. No se restringen o eliminan por ley alguna. Sólo desaparecen con la muerte del ser humano, con la destrucción de su propio ser. Es que, acaso, ¿ alguna ley puede impedir que adopte decisiones en mi fuero interno ?. Es que, acaso, ¿ alguna ley puede limitar o restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de cualquier derecho natural ?. Es que, acaso, ¿ por medio de la ley se puede suprimir la aptitud o capacidad potencial que tiene el ser humano de vivir o de ser propietario o de contraer matrimonio ?.

Estimamos, en consecuencia, que si la capacidad genérica o de goce se instala en el propio ser del hombre, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico positivo. En este orden de ideas resulta del todo jurídicamente irrelevante aludir a ella. La capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquella otra capacidad que sí atañe al derecho positivo- que los juristas solemos denominar comúnmente como capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.

La diferencia entre ambas capacidades, no obstante constituir una unidad, es radical. Por ser la capacidad jurídica genérica o de goce inherente al ser humano en cuanto libertad, no es posible, tal como se ha anotado, pretender limitarla o restringirla normativamente. Y ello, como también se ha expresado, por cuanto representa o significa la potencialidad misma de la libertad -en tanto ser del hombre- para convertirse en acto, en comportamientos humanos compartidos, para fenomenalizarse. En cambio, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, es decir, su actuación o aparición en el mundo exterior, si es posible limitarla, restringirla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. La atención del derecho se debe centrar, por lo expuesto, únicamente sobre esta última capacidad.

## **2.- La capacidad de goce en la doctrina jurídica contemporánea**

La capacidad jurídica genérica o de goce a la que hemos hecho referencia se le suele definir en los textos jurídicos como “la aptitud del hombre a ser titular de derechos y deberes”. Dentro de la monumental bibliografía jurídica sobre tan medular asunto hemos seleccionado tan sólo a tres acreditados y reconocidos juristas contemporáneos como es el caso de Francesco Galgano, profesor en la Universidad de Bologna. Massimo C. Bianca, docente en la Universidad de Roma, y Karl Larez profesor en Munich, con la finalidad de glosar el pensamiento de tres juristas representativos del momento histórico en que nos ha tocado vivir.

Como señala el conocido y reputado tratadista Francesco Galgano <sup>3</sup>, la expresión capacidad de goce o capacidad genérica es equivalente a la de **subjetividad** jurídica o, como apunta la mayoría de los autores, a la de personalidad jurídica. Esta “aptitud”, que se instala en la subjetividad, es inherente al ser humano, indesligable de su propia naturaleza. Lo subjetivo es el mundo interior del hombre, de suyo íntimo e incomunicable. Constituye el universo personal de las puras decisiones y de las consiguientes aptitudes o capacidades para, si así lo determina la persona, mostrarse como actos o conductas o fenómenos en el mundo exterior, en el de las relaciones interpersonales.

Karl Larenz subraya, por su parte, que la capacidad jurídica es aquella de que está dotada una persona “para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de derechos y destinatario de deberes jurídicos” Agrega que la capacidad jurídica “corresponde al individuo porque, **conforme a su naturaleza**, es persona en sentido ético” <sup>4</sup>. Para el autor germano no cabe duda que la capacidad genérica o de goce corresponde a la naturaleza misma del ser humano, de la persona.

En similar sentido se pronuncia Massimo C. Bianca cuando afirma que “la capacidad jurídica general compete a todas las personas físicas y jurídicas. La persona física adquiere la capacidad jurídica definitiva **con el nacimiento** y la conserva hasta el momento de la muerte” <sup>5</sup>. Es decir, que para Bianca todos los seres humanos, por igual, poseen dicha capacidad genérica a la cual los juristas solemos designar, como está dicho, como capacidad de goce. Se adquiere desde el momento del nacimiento. Tenemos, sin embargo, una observación en relación con lo expresado por el profesor de la Universidad de Roma. Ella consiste en que, para nosotros, no sólo todas las personas físicas o naturales poseen dicha capacidad sino que ella es también inherente a todo ser humano. Es decir, corresponde también al ser humano aún no nacido, al concebido o *nasciturus*.

La posición del profesor Bianca en el sentido de restringir la capacidad genérica a sólo las personas físicas o naturales se explica, probablemente, en cuanto que, a diferencia del Código civil peruano de 1984, para el Código civil italiano de 1942 el concebido no tiene la calidad de sujeto de derecho. Sin embargo, más allá del reconocimiento que pueda otorgarle al concebido el ordenamiento jurídico positivo existe un hecho macizo e indiscutible en el nivel de la historia en que nos encontramos: que el concebido es un **ser humano** y, por consiguiente, al ser libertad -que no otra cosa es ontológicamente el ser humano- le es inherente la capacidad genérica.

De otro lado, tampoco compartimos la opinión del profesor Bianca cuando expresa que dicha capacidad genérica compete también a las personas

---

<sup>3</sup> Galgano, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale*, volumen primero, Padova, Cedam, 1990, pág.128.

<sup>4</sup> Larenz, Karl, *Derecho Civil*”, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 103.

<sup>5</sup> Bianca, Massimo C., *Diritto Civile 1*, Giuffré, Milano, 1978, pág. 193.

jurídicas. Con mayor razón, desde la vertiente jurídica, estas personas sólo poseen capacidad de ejercicio.

En la misma línea de pensamiento y en coincidencia con la posición que sustentamos, Bianca distingue claramente la capacidad jurídica general o de goce de la capacidad de ejercicio o de obrar. Sobre el particular sostiene que "la noción de capacidad jurídica es distinta respecto a la capacidad de ejercicio, la que se refiere a la idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia autonomía negocial y procesal". Y agrega, en definitiva, que "la falta o la limitación de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad jurídica general en cuanto el sujeto permanece siempre idóneo a ser titular de relaciones jurídicas". De lo que "carece el incapaz de ejercicio es más bien de la idoneidad a realizar directamente y autónomamente su propia esfera personal y patrimonial, necesitando un representante legal o curador"<sup>6</sup>.

La exposición del profesor Bianca es clara, realista e ilustrativa. En definitiva, la capacidad genérica o de goce se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue con la muerte. Ello significa que esta capacidad es, de suyo, inherente a la naturaleza humana, por lo que no puede restringirse o limitarse por ley. Sólo la muerte física le pone fin. Mientras tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, según el mismo autor, se refiere a la idoneidad del sujeto para desplegar en el mundo exterior su propia libre decisión. De ahí que, como él mismo lo especifica, la limitación de la capacidad de ejercicio **no incide** sobre la capacidad genérica o de goce.

### 3. Un ejemplo esclarecedor

Para referirnos concretamente al tratamiento que el ordenamiento jurídico positivo dispensa generalmente a la cuestión de la capacidad genérica o de goce, hemos considerado oportuno referirnos, a título de ejemplo, a aquel caso que, a menudo, suele ser equivocadamente empleado en la docencia para explicar el alcance de la capacidad de goce y que proviene del ordenamiento jurídico peruano. Aludimos a aquella situación relacionada con la regulación constitucional peruana del derecho de propiedad del extranjero en cierto sector del territorio nacional.

En lo que atañe a la específica limitación impuesta por el ordenamiento jurídico peruano a la capacidad del extranjero cabe señalar que, tanto la Constitución anterior de 1979 como la vigente de 1993, prescriben que él no puede adquirir ningún tipo de propiedad, ni directa ni indirectamente, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Esta es la restricción que determina la ley.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 71º de la Constitución peruana de 1993 prescribe sobre el caso que estamos exponiendo lo siguiente:

---

<sup>6</sup> Bianca, Massimo C., *Diritto Civile* 1, pág. 193-194.

*“Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros de acuerdo a ley”.*

Frente al caso propuesto, nuestro ilustre y recordado profesor, siguiendo la tendencia doctrinal y legislativa de su tiempo, aseveraba que el dispositivo constitucional antes glosado, se refería a una restricción a la capacidad genérica o de goce. Se nos decía, en aquel entonces, que el extranjero, en la situación mentada por el artículo 71º de la Constitución, carecía de la aptitud o capacidad de goce para ser propietario. Por un tiempo, aunque no veíamos clara la diferencia entre capacidad genérica o de goce y capacidad de ejercicio o de obrar, aceptamos con titubeos la mencionada explicación. Luego de un tiempo, cuando estuvimos en el trance de enseñar la materia, al recordar el ejemplo de nuestro catedrático, nos asaltaba una pregunta. Ella incidía en saber, sobre cuál sería la capacidad de ejercicio del extranjero si la de goce era la de no poder ser propietario dentro de una franja de terreno de cincuenta kilómetros de las fronteras. Durante un buen lapso, no encontrábamos respuesta a esta pregunta hasta que, en algún momento, luego de reflexionar por cuenta propia, llegamos a esclarecer el asunto con el precioso auxilio de la iusfilosofía. O para decirlo mejor, a partir del ser humano. La vida, nuestra experiencia personal, nos ha llevado a la convicción que hurgando en la naturaleza del ser humano podemos descifrar muchos “misterios” del derecho, anudados en un fárrago conceptual a menudo férreo e impenetrable. Cada vez estamos más convencidos que hay que volver la mirada a Hermogeniano. El derecho es hecho por el hombre, para el hombre, y sólo se le comprende desde esta perspectiva.

El texto del anteriormente transcrito segundo párrafo del artículo 71º de la Constitución peruana contiene, a nuestro entender, una precisa limitación dispuesta por el ordenamiento jurídico positivo que no compromete la capacidad genérica o de goce del extranjero del ejemplo. En este caso consideramos, contrariamente a una opinión generalizada, que lo que se restringe es tan sólo la capacidad de ejercicio o de obrar. La capacidad genérica o de goce ni se limita ni desaparece. Ella se mantiene como potencial aptitud que se podrá convertir en acto, que será posible ejercer cuando en el ordenamiento jurídico se derogue el dispositivo legal en referencia.

La restricción a la capacidad de ejercicio, como sostiene Bianca, no incide en la capacidad genérica o de goce. La capacidad genérica o de goce, la potencial capacidad a *ser propietario* se mantiene incólume, inalterable. Se trata, en este caso, de la capacidad o aptitud para ejercer el derecho de propiedad que corresponde a cualquier ciudadano extranjero en tanto ser humano. Sin perder su inherente capacidad genérica a ser "propietario", en cualquier tiempo y lugar, sólo se le suprime, por decisión legal, la posibilidad de **ejercer** esta capacidad o aptitud, exclusiva y específicamente, en relación con una franja de

terreno en la frontera de un determinado país por un tiempo incierto. Es decir, el ser humano extranjero, por ser tal, conserva su capacidad de goce en cuanto a “ser propietario”. Sólo pierde, por mandato de la ley, su capacidad de ejercicio o de obrar en un tiempo y en un lugar concretos.

La limitación a **ejercer** su inherente capacidad genérica o de goce del extranjero del ejemplo en cuanto a “ser propietario” podría, hipotéticamente, ser eliminada con el tiempo si cambiase la legislación peruana en este singular aspecto. En esta última situación, no es que el extranjero **recupere** su capacidad genérica o de goce, en cuanto posibilidad o potencialidad a ser propietario, ya que nunca la perdió, sino que sólo se le **restituye** la capacidad de **ejercer concretamente** su derecho genérico de propietario en la mencionada faja de terreno fronterizo. Aún más, basta leer la última frase del citado segundo párrafo del artículo 71º para comprender que ni siquiera sería necesaria una modificación constitucional para restituir a los extranjeros la posibilidad de ejercer su derecho de propiedad en dicha franja de terreno fronterizo, sino que basta para ello que el Consejo de Ministros, por decreto supremo, considere de “necesidad pública” el permitir que el extranjero -que nunca perdió su capacidad de goce a ser propietario- pueda **ejercer** su derecho de propiedad en dicho territorio. Ello, en virtud que nunca se limitó su capacidad genérica o de goce que le es inherente en cuanto ser humano.

#### **4. La capacidad genérica o de goce en el Código civil peruano de 1984 y en el Proyecto de Código civil argentino de 1998**

El vigente artículo 3º del Código civil peruano de 1984 permite el establecimiento de excepciones emanadas de la ley en relación con la plena capacidad genérica o de goce. Cuando se redactaba el mencionado cuerpo legal no existía todavía en nuestro ambiente jurídico la convicción en el sentido que dicha capacidad no admite ningún tipo de excepciones derivadas de un mandato legal. Hubiera sido infructuoso, por lo tanto, proponer un texto diferente al que unánimemente se aprobó en aquella oportunidad.

Fue así que el artículo 3º en referencia quedó con la siguiente redacción:

*“Art. 3º.- Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.*

De otra parte, en el Proyecto de Código civil argentino de 1998, actualmente en la Cámara de Diputados, el artículo 18º regula la capacidad de goce, que se designa como capacidad de derecho, dentro de los mismos alcances de nuestro Código civil. Es así que este artículo tiene la siguiente redacción:

*“Art. 18º.- Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos o actos jurídicos determinados”.*

Observamos, al comparar el artículo 3º del Código civil peruano de 1984 y el numeral 18º del Proyecto de Código civil argentino de 1998 que ambos textos coinciden en cuanto prescriben que es posible privar o restringir excepcionalmente la capacidad genérica o de goce tratándose de ciertos actos jurídicos.

En lo que se refiere al Perú, los que participamos de modo continuo en el proceso codificador desde un ya lejano 1965 hemos advertido, con natural satisfacción, que la concepción sobre la capacidad vigente en el Perú de fin de siglo es diferente a la que existía en los años setenta y primeros de la década de los ochenta. La óptica de los juristas ha cambiado aceleradamente. Cada día se comprende mejor al ser humano y, por consiguiente, es otra la visión que se viene forjando sobre lo que sea el derecho. Es así que en la actualidad encontramos unanimidad de pareceres, opiniones coincidentes en cuanto a la necesidad de superar el grave error que contiene el artículo 3º del Código civil de 1984.

El tiempo transcurrido desde la época en que se procedía a elaborar el Código civil hoy vigente en el Perú ha permitido que los juristas evolucionemos positivamente en el tema de la capacidad genérica o de goce. Han contribuido sin duda a dicha actitud no sólo la nueva concepción personalista del derecho, que centra su atención en el ser humano, sino también la posición coincidente de algunos tratadistas de prestigio a los cuales hemos hecho referencia, como es el caso de los profesores italianos Francesco Galgano y Massimo C. Bianca.

El derecho es una creación del ser humano para su protección personal a fin que pueda realizarse dentro del bien común, por lo que significa un armonioso equilibrio entre los intereses individuales y el interés social. No podemos olvidar que el bien común es el bien de todos y de cada uno. Para proteger al ser humano lo mejor posible hay que conocerlo. Sólo una aproximación a su estructura bidimensional nos permite intentar el logro de este objetivo. Mal se puede tutelar lo que no se conoce. Por ello, hay que partir siempre de la vida humana, que es donde se da el derecho. Al colocarnos en esta perspectiva es que comprendemos que la capacidad genérica o de goce es inherente a su naturaleza de ser libre y, por consiguiente, ontológicamente imposible de limitar.

## **5.- Itinerario de una reforma anunciada**

Por todo lo referido en los párrafos precedentes, somos del parecer que debería modificarse radicalmente la concepción que subyace en la redacción del actual artículo 3º del Código civil peruano y en la del artículo 18º del Proyecto de Código civil argentino de 1998. Ellas no corresponden a la nueva visión del ser humano que nos legara la filosofía de la existencia que floreciera en las primeras décadas del siglo XX.

Cabe señalar que el error que se instala en el artículo 3º del Código civil peruano vigente proviene de una transcripción, sin mayor análisis crítico, del texto del artículo 5º del derogado Código civil de 1936. Este artículo establecía que:



*"Los varones y la mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las excepciones respecto a las mujeres casadas".* Como se desprende del texto de este numeral, el legislador de 1936 admitía, tal como ocurre con un sector de la doctrina, la posibilidad de restringir legalmente la capacidad genérica o de goce de la mujer casada lo que, como se ha reiterado, es ontológicamente imposible y, por consiguiente, lo es también jurídicamente.

Como expresábamos en precedencia, nuestra disconformidad con el texto del artículo 3º del Código civil vigente, manifestada en diversos trabajos, nos impulsó, sobre la base de lo antes expuesto, a preparar hace algunos años un texto sustitutorio en el que se estableciera, de la manera más clara posible, que no es admisible prescribir legalmente ninguna limitación o restricción a la denominada capacidad genérica o de goce. En este sentido, nuestra propuesta para modificar el mencionado artículo 3º del Código civil vigente se concretó en el siguiente texto:

*"Art. 3º.- Todo ser humano tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones a su ejercicio expresamente establecidas por ley".*

En el referido planteamiento, con la sustitución de la expresión "persona" por la de "ser humano", se pretende incluir al concebido, en cuanto sujeto de derecho, dentro de los alcances de la norma. El concebido, que es un ser humano y posee la calidad de sujeto de derecho, tiene capacidad genérica o de goce aunque, obviamente, no pueda ejercer por sí mismo sus derechos sino a través de sus representantes legales.

De otro lado, en el texto propuesto se precisa, sin que quepa lugar a duda alguna, que las excepciones que puede establecer la ley no se refieren a la aptitud para el goce de los derechos sino que se contraen exclusivamente al **ejercicio** de los mismos.

Al plantear el texto modificadorio antes señalado optamos, a nuestro parecer, por una posición que es coherente con la filosofía personalista que inspira el Libro Primero de nuestro Código civil de 1984. En efecto, tal como se ha puntualizado en su lugar, sólo el ser humano, todo ser humano desde la concepción hasta la muerte, por su propia naturaleza de ser libre, es sujeto de derecho. Esta comprobación supone que la libertad ontológica en que consiste el ser humano tiene intrínseca vocación para concretarse en conductas humanas. Esta raigal vocación, en cuanto constituye una potencialidad inherente al ser mismo del hombre, es inseparable de su libertad. Por cuanto el ser humano es plenamente libre no es dable constreñir, en alguna medida, dicha vocación.

Sin embargo, y tal como también se ha subrayado, es enteramente posible limitar o restringir por ley, en diversa medida según los casos, el tramo en el cual la libertad ontológica -que es pura decisión subjetiva- se convierte en acto, en conducta humana intersubjetiva. Es decir, que si bien no es factible restringir la capacidad, en sí misma, si es dable suprimir o limitar su *ejercicio*, su actuación en el mundo exterior.

La posición a la que venimos refiriéndonos y el texto en que ella se concreta- fue acogida en su momento por el grupo de profesores de diversas universidades y de distintas generaciones que, convocados por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima preparó, entre 1992 y 1994, el proyecto original de enmiendas al Código civil que luego fuera entregado al Congreso Constituyente Democrático con fecha 04 de enero de 1995.

. El Congreso Constituyente Democrático, al tomar conocimiento del aporte de la Universidad Peruana y luego de ponderar su contenido, dictó con fecha 22 de noviembre la Ley N° 26394 creando una Comisión, compuesta por congresistas y profesores de derecho, para que propusiera las enmiendas que deberían introducirse en el Código civil de 1984.

La Comisión.en referencia, que inició sus labores a fines de 1996, designó diversas sub comisiones de trabajo, cada una de las cuales debería revisar un determinado Libro del Código civil. La Sub Comisión encargada de revisar el Libro Primero sobre el Derecho de las Personas hizo suyo el planteamiento propuesto por el grupo de trabajo de profesores de derecho al que se ha hecho referencia. El texto aprobado por la indicada Sub Comisión fue el siguiente:

*“Artículo 3º.- Todos tienen el goce de los derechos inherentes al ser humano, salvo las limitaciones a su ejercicio expresamente establecidas por ley”.*

La Comisión de Reforma, que actualmente está revisando el Código civil para actualizarlo y perfeccionarlo a través de una ley de enmiendas, en su sesión del 27 de octubre de 1997, aprobó la modificación propuesta por la mencionada Sub Comisión. De este modo, quedó consagrada, en última instancia, una nueva concepción de la capacidad jurídica.

Es de advertir que los diversos grupos de profesores y congresistas que discutieron y debatieron el texto del nuevo artículo 3º, aprobado finalmente por la Comisión de Reforma después de un largo periplo, no objetaron la posición que trasunta su texto. Ha habido una extraordinaria unanimidad de pareceres. No ha surgido ninguna voz disidente, lo que nos prueba que estamos frente a un notable cambio en lo que atañe a la percepción del ser humano y, por consiguiente, del derecho. Esta actitud nos muestra que es cada vez más arraigada la visión humanista o personalista de lo jurídico. Ello es alentador al iniciarse un nuevo milenio.

En la República Argentina no se ha cerrado aún el debate sobre los precisos alcances del artículo 18º del Proyecto de Código civil de 1998. Es posible, por lo tanto, que se promueva un normal repensamiento del contenido del mencionado numeral a la luz de una visión humanista del derecho. Desearíamos, por ello, que esta contribución pudiese, en alguna medida, incitar a que se

continúe meditando sobre un tema tan profundo, comprometedor y delicado como es el atinente a la capacidad jurídica.

No podemos perder de vista que la nueva toma de posición en lo tocante a la capacidad jurídica es el producto de una reflexión que lleva ya varias décadas. No es fácil llegar a nuevas convicciones, abandonar las propias, reconsiderar actitudes, modificar lo que es ya una tradición. Lo sabemos, lo hemos experimentado<sup>7</sup>. Pero también somos perfectamente conscientes que la apertura mental del auténtico científico del derecho, su connatural humildad, hacen posible y deseables las rectificaciones, así como los más radicales cambios en nuestra disciplina. Se trata de una actitud que denota autenticidad. Ella concita nuestra admiración y respeto.

Consideramos que, de convertirse en ley la importante enmienda del artículo 3º del Código de 1984, se habrá dado un notorio salto de calidad en lo atinente a precisar la naturaleza y alcances de la capacidad de goce. Esperamos que ello ocurra y que en esta trascendental aventura nos acompañen los amigos y colegas argentinos, a los que tanto apreciamos, con los cuales estamos muy próximos y de quienes hemos aprendido y seguimos aprendiendo mucho de lo poco que sabemos. .

---

<sup>7</sup> Cuando nos iniciamos en la docencia del derecho en 1956 y durante algunos posteriores años no habíamos superado el error en torno a la capacidad de goce, por lo que considerábamos correcto el que ella pudiera restringirse por mandato legal. Después de un tiempo nos rectificamos, vimos la luz. Fue un extraordinario momento de disfrute intelectual. Descubrimos en esa oportunidad que producía más satisfacción y alegría salir de un error que crear un matiz nuevo. Tal vez por ello cuando exalumnos de aquella primera época nos invitaron a dictar una clase magistral con motivo de sus Bodas de Plata de egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, empezamos nuestra alocución pidiéndoles perdón por los errores que les habíamos involuntariamente transmitido. Abría la lista el tema que hoy nos ocupa. La clase se concretó a presentarles los nuevos planteamientos que no habíamos vislumbrado cuarenta años antes. Fue una hermosa experiencia. El ser humano cambia, el mundo cambia, el derecho cambia.