



CAPACIDAD DE GOCE: NATURALEZA, LÍMITES Y LA ERRÓNEA PRETENSIÓN DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 3º DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Waldo F. Núñez Molina (*)

Fecha de publicación: 31/03/2012

1) LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA RECIENTE DOCTRINA NACIONAL

Un importante sector de la doctrina nacional¹ encabezada² por el profesor Carlos Fernández Sessarego, y de la cual no he sido inmune³, ha acogido la posición por la cual la “capacidad jurídica, de goce o genérica” no puede ser sujeta a limitaciones legales. Al respecto el propio Fernández declara: “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 del ser humano. Se constituye como la posibilidad o potencialidad propias de la libertad subjetiva -en que consiste el ser del

(*) Fiscal Provincial Titular Civil de Lima. Prof. del Doctorado en Derecho de la UNFV.
conceptosjuridicos2000@gmail.com

¹ VEGA MERE: *El ocaso de la incapacidad de ejercicio (¿o el caso de sus defensores?)*, en Gaceta Jurídica, Tomo, 37, 1996, 45-B; ESPINOZA, Juan: “Comentario al artículo 3 del Código civil”, en Condigo Civil Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, T. I, p. 85 y ss.; VAZQUEZ RIOS: *Derecho de las personas*, Lima, San Marcos, s/f, T. I, p. 101; PRIORI, G.: *La capacidad como presupuesto negocial*, en ESCOBAR y Otros: *Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2004, p.124-125 “la capacidad jurídica, entonces, es un dato previo al propio ordenamiento jurídico, porque está intrínsecamente unida a la esencia del ser humano, y como tal el ordenamiento jurídico no puede negarla, sino que a lo máximo podrá reconocerla y regularla”

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?*, artículo publicado en “Cathedra”, revista 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, en “Vox Juris”, Revista de Derecho, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, edición N° 10, Lima, 1999. Y también en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF; *El Derecho a imaginar el Derecho*, Lima, Idemsa, 2011, p.353 y sig.

³ NUÑEZ MOLINA: *El negocio jurídico*, Lima, San Marcos-Ed. Legales, 2006, p. 387

hombre- para su transformación en actos, en conductas humanas intersubjetivas. La pura subjetividad humana, bien los, no es materia jurídicamente regulable.”

Bajo esa argumentación se ha pretendido modificar el artículo 3 del Código Civil peruano (que literalmente dispone: “toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”), y así eliminar de su regulación los límites legales a la capacidad de goce⁴.

Esta posición, que ahora considero errada, ha partido de una premisa teórica ajena a las fuentes de nuestra legislación y, además, desde el punto de vista práctico se presenta insostenible, porque la realidad nos demuestra que hay muchos casos en los que la capacidad de goce está sujeta a restricciones establecidas legalmente. Pero esto lo demostraremos más adelante, antes debemos revisar la doctrina alemana e italiana que habría influenciado en nuestros teóricos nacionales.

2) INFLUENCIA EXTRANJERA EN LA DOCTRINA NACIONAL

a) La capacidad jurídica en la doctrina alemana

Seguidamente pasaremos a revisar algunas ideas sobre la capacidad jurídica que han desenvuelto los autores germanos. En primer término citaremos a OERTMANN⁵ para quien “la capacidad jurídica o de derecho se ha de distinguir netamente la capacidad de hecho”, y señala que “la aptitud para ser titular de un derecho subjetivo es lo que se llama capacidad jurídica”.

Por su parte LARENZ⁶ sostiene: “no puede dejar de advertirse la estrecha relación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Una persona sin capacidad de obrar no está plenamente desarrollada o está limitada en su capacidad, y precisamente por ello necesita representante legal. No obstante, es jurídicamente capaz.....”. “La persona que ha alcanzado el pleno desarrollo de su naturaleza tiene tanto capacidad jurídica como capacidad para obrar y responsabilidad por sus acciones (...)-así, niños de poca edad, adolescentes- o está limitada o anulada a consecuencia de un trastorno patológico de sus facultades mentales.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, Lima, Grijley, 2009, p.30 sostiene que “la aprobación de la enmienda al artículo 3 antes mencionada permite superar un tradicional y generalizado error conceptual en torno a la capacidad de goce, que es la capacidad que tiene el ser humano de poseer derechos que son inherentes a su ser y que, por lo tanto, no pueden ser limitados por disposición de la ley. Solo, como está dicho, se puede limitar por mandato de la ley el ejercicio de tales derechos”

⁵ OERTMANN, Paul: *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Labor, 1933, p. 50 y ss.

⁶ LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, Jaen, EDERSA, 1978, p.104

También a éstas corresponde una "dignidad de persona", tienen derecho al respeto; a la vida, a un ámbito de vida personal; con todo, les falta la capacidad de autodecisión y de responsabilidad que forman parte del "ser persona" en sentido pleno. La ley considera a todos estos individuos como personas debido a que son "jurídicamente capaces". Por consiguiente, la capacidad negocial y la responsabilidad jurídica no son atributos necesarios del concepto jurídico de persona (...) No obstante, sólo pueden atribuirse a una persona". Y añade "El ámbito de la capacidad jurídica de todas las personas es idéntico en el campo del derecho privado"⁷.

Desde otro punto de vista el eximio ENNECCERUS⁸ precisa que "la capacidad jurídica de los hombres es, en principio, la misma. (...) Si bien, según al anterior derecho alemán, mediaban diferencias considerables, especialmente entre hombres y mujeres, nacionales y extranjeros, cristianos y judíos, como asimismo entre las condiciones de nacimiento singulares y las profesiones concretas, todas estas diversidades están hoy abrogadas en principio". En cambio LEHEMANN resueltamente afirma "así como el ordenamiento puede conceder la capacidad jurídica, puede también negarla o limitarla (...) El BGB no admite la supresión de la capacidad jurídica, sino únicamente la incapacidad para adquirir determinados derechos y deberes."⁹

De las citas anteriores podemos estimar, que los profesores alemanes utilizaron la nominación "capacidad jurídica" y no el término "capacidad de goce". Usualmente los teóricos la definen como la "aptitud de ser titular de derechos y deberes"; y en su mayoría, como ocurre con LARENZ, no han profundizado sobre las limitaciones de la capacidad jurídica. En efecto, de la poca doctrina alemana traducida al español, se aprecia que no se ha desarrollado a cabalidad el tema de las restricciones legales de la capacidad jurídica. Limitándose los teóricos a mencionar que ésta capacidad es consustancial a los seres humanos por la condición de ser tales o vertiendo afirmaciones similares como que "la condición personal del individuo y, con ella, su capacidad jurídica, están dadas previamente al ordenamiento positivo"¹⁰. Todo ello ha podido haber contribuido en la desviación del concepto de una ilimitada "capacidad jurídica" y luego como veremos su aplicación y sustitución al concepto "capacidad de goce" que algunos doctrinarios nacionales han creído.

⁷ LARENZ, K.: *Ibidem.*, p.107

⁸ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1953, Primer Tomo, Parte General, Volumen I, p.320

⁹ LEHEMANN, H. *Derecho Civil*. Parte General, (trad. esp.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, vol. I, p.123

¹⁰ LARENZ, K.: *Ibidem.*, p.105

Empero, estas opiniones hay que tomarlas como un desarrollo general, y en todo caso no se debería dejar de considerar que ENNECCERUS no niega que la capacidad jurídica pueda estar sujeta a límites (diría que así ocurría en normas abrogadas, incluso recuerda que “los esclavos en el derecho romano no tenían capacidad jurídica, pero sí capacidad de obrar”¹¹) y, aunque escueto, LEHEMANN reconoce que la capacidad jurídica tiene límites.

b) La capacidad jurídica en la doctrina italiana

Para TRIMARCHI “la capacidad jurídica es la capacidad de una persona de ser sujeto de derecho y de obligaciones”¹². En la misma línea CANDIAN señala como “fundamental atributo del estado de persona, o sea sustancia de la personalidad, es la capacidad jurídica, que viene definida como idoneidad de ser sujeto de derechos o de relaciones”¹³. De igual modo ZATTI y COLUSSI sostienen que “la capacidad jurídica es la actitud de ser titular de derechos y obligaciones”¹⁴ y RESCIGNO precisa que respecto a la capacidad jurídica “se habla también de una titularidad actual o potencial de relaciones jurídicas”¹⁵.

BUSNELLI considera que “la capacidad jurídica no puede operar como instrumento de discriminación, porque representa el aspecto estático y puro del sujeto, la abstracta posibilidad. Ello corresponde a la capacidad de ejercicio, la cual expresa, en el ámbito de la concreta realización de los fenómenos jurídicos, el aspecto dinámico e impuro de la condición del sujeto”¹⁶.

FALZEA comenta que “la capacidad jurídica, al igual que la subjetividad jurídica, constituyen un carácter intrínseco del sujeto, una cualidad que deriva del hecho de ser titular potencial de los intereses tutelados por el derecho y por tanto titular potencial de las situaciones jurídicas predispuestas por la norma para actuar sobre aquella tutela. Por ésta naturaleza, esencialmente potencial, la capacidad jurídica (y entonces la subjetividad jurídica) consiste en una cualidad abstracta y *a priori*.”¹⁷

¹¹ ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Op cit.*, Primer Tomo, Parte General, Volumen I, p. 319; de igual modo opina LEHEMANN, H. *Derecho Civil*. Parte General, (trad. esp.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, vol. I, p.123

¹² TRIMARCHI, P.: *Instituzioni di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 67

¹³ CANDIAN, A.: *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 1949, p.51

¹⁴ ZATTI, P.-COLUSSI, V.: *Lineamenti di Diritto Privato*, 11ªEd., Padova, CEDAM, 2007, p.136

¹⁵ RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, 11ªEd. Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121

¹⁶ Citado por ESPINOZA, Juan: *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Lima, Grijley, 1998, p.24

¹⁷ FALZEA, A: *Voci di teoria generale del diritto*, p. 160.

Influenciado por la doctrina italiana el gran jurista español José CASTAN TOBEÑAS señala que la capacidad de derecho es “indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres”, en cambio la capacidad de obrar es “contingente y variable. No existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado.” De manera que “la capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio una idea de dinámica. La primera es como dice Ferrara, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos; de realizar acciones con efectos jurídicos”¹⁸.

Esta doctrina que considera a la “*capacidad jurídica*” como estática, abstracta o potencial, es la que ha influenciado en definitiva a la doctrina nacional reciente. Ya que al predicársele a la capacidad un carácter subjetivo y consustancial a todo ser humano, se pensó que estaría exenta de limitaciones legales. Finalmente vale la pena precisar que la doctrina italiana, al igual que la alemana, ha usado la nominación “capacidad jurídica” y no “capacidad de goce”.

3.- CAPACIDAD EN SENTIDO AMPLIO Y ESTRICTO

La doctrina suele utilizar el concepto de *capacidad jurídica* en sentido amplio, la cual incluye a la capacidad de goce y ejercicio. Pero en otros casos, el término “capacidad jurídica” es usado como sinónimo de capacidad de goce o hecho. Como éste último caso es el más común solo me limitaré a acreditar el primero: así por ejemplo, utiliza el término capacidad jurídica en sentido amplio LEÓN BARANDIARAN cuando señala que el concepto de capacidad jurídica tiene dos significados “como aptitud de disfrute de un derecho, o como aptitud de ejecutar o realizar ese derecho”¹⁹ Por tanto la capacidad jurídica “es inseparable del ser humano, porque calificará a éste como persona. Su existencia en buena cuenta es superior al arbitrio del legislador”²⁰. En esa misma tesitura Clemente De DIEGO sostiene que “esa cualidad, aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones se denomina capacidad jurídica. Esta se desdobra en dos manifestaciones: a) la tenencia del derecho (capacidad de derecho); b) el ejercicio de los mismos (capacidad de obrar, o sea la aptitud para realizar actos con validez y efectos jurídicos). La primera es un fundamento y condición *sine qua non* de la segunda”²¹.

¹⁸ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Madrid, Reus, 1942, T. I, p.141

¹⁹ LEÓN BARANDIARAN, J.: *Tratado de Derecho civil*, Lima, WG Editor, 1991, T. I, p. 117

²⁰ LEÓN BARANDIARAN, J.: *Ibidem*, T. I, p. 118

²¹ DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1959, T. I, p.194

Excursus (capacidad y personalidad no son sinónimos).- Esta doctrina que utiliza un concepto amplio de “capacidad de derecho” deriva el sentido de capacidad como sinónimo de personalidad (como por ejemplo, ENNECCERUS²² CANDIAN²³, CASTAN²⁴ y FALZEA²⁵). Ya COVIELLO afirmaba que “el sujeto de los derechos y de los deberes jurídicos se designa con la palabra persona. La capacidad jurídica, esto es, la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y deberes jurídicos, es lo que le atribuye a un ser la calidad de persona. Por eso capacidad jurídica es sinónimo de personalidad”²⁶.

Nosotros discrepamos abiertamente de esta posición, toda vez que la idea de personalidad (en cuanto persona natural) supone el reconocimiento de una dignidad que no puede ser disminuida. Se es persona o sujeto de derecho, o no se es. Lo cual no puede predicarse de la capacidad jurídica. En ese sentido compartimos la posición de BARBERO²⁷ cuando diría que la capacidad jurídica “denota, la idoneidad del sujeto de ser titular de relaciones jurídicas”. Y que la capacidad es el contenido o límite de la personalidad, de manera que la personalidad sería un simple *quid*, mientras la capacidad es un *quantum* que se puede medir en grados. En consecuencia según el autor citado se puede decir, que se es más o menos capaz, pero no se puede decir que se es menos persona. Del mismo modo CARVALHO señala que “la personalidad jurídica consiste, pues, en una mera cualidad atribuida a ciertas entidades. En este sentido se trata de un concepto *cualitativo*, donde resulta por otro lado, que no admite grados: o se tiene la cualidad de persona jurídica o no se tiene. Fácilmente se comprende que es un absurdo si se habla en ser más persona o menos persona”²⁸. Y añade que en otro plano se encuentra “una noción de tipo *cuantitativo*: *capacidad jurídica*. Así, la capacidad jurídica –como la propia expresión sugiere– implica una idea de *medida*”²⁹.

Finalmente GARCÍA AMIGO diría que "hay unos derechos de la personalidad y no de la capacidad: aparte el "mal sonar" de la hipotética

²² ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Op cit.*, Primer Tomo, Parte General, Volumen I, p. 318

²³ CANDIAN, A.: *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, p.52 que "neta es la diferencia entre capacidad jurídica, o personalidad, y capacidad de actuar"

²⁴ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Op cit.* T. I, p.140

²⁵ FALZEA, A: *Capacità*, Enciclopedia del Diritto, Milano 1960, Vol.VII, p. 8 y ss, y también en *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 141 y ss.

²⁶ COVIELLO, N.: *Doctrina General de Derecho Civil*, México,1938,p. 155

²⁷ BARBERO, D.: *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas. Europa América, 1967, T. I, p. 190

²⁸ CARVALHO, Luís: *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, T. I, p.128

²⁹ CARVALHO, Luís: *Ibi dem*, p.129

expresión "derechos de la capacidad jurídica", es que tales derechos protegen la capacidad de la persona, sino la persona misma, su personalidad"³⁰. En consecuencia "el ordenamiento jurídico no es quien concede la personalidad, pero si la capacidad"³¹.

Además de lo dicho, si nos pusiéramos en todos los supuestos la capacidad no podría entenderse como sinónimo de personalidad: **1)** si entendiéramos el término "capacidad jurídica" en un sentido amplio como implicantes de la "capacidad de derecho y ejercicio" dicha sinonimia no podría realizarse; ya que por ejemplo, se tendría que admitir que cuando se carece de capacidad de ejercicio no se tendría personalidad, lo cual es insostenible.

2) La otra alternativa sería entender a la capacidad jurídica en sentido estricto (que se suele asimilar a la capacidad de goce) como sinónimo de personalidad. Pero para esto habría que aceptarse necesariamente que la capacidad jurídica no esta sujeta a limitaciones legales. Sin embargo, ello es falso, tal como lo demostraremos en este trabajo. Por eso consideramos errado establecer una sinonimia entre los conceptos personalidad y capacidad³².

4.- INFLUENCIA EXTRANJERA PERTINENTE PARA INTERPRETAR EL ARTÍCULO 3º DEL CÓDIGO CIVIL

a) La capacidad de goce en la doctrina francesa

Sobre la distinción entre capacidad de goce y ejercicio JOSSERAND comenta que "la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente. Y, sobre todo, una es irremediable mientras que la otra lleva consigo paliativos, remedios: el menor es incapaz de ejercitar los derechos que le pertenecen, pero eso no importa, porque alguien los ejercerá por él, su padre o su tutor. Lo esencial, es tener, poseer los derechos; la cuestión de su ejercicio es, si no secundaria, por lo menos susceptible de ser resuelta por un medio o por otro"³³.

Los MAZEAUD precisan que "en principio, toda persona física tiene la plena capacidad de goce. Excepcionalmente, sin embargo, algunas personas se ven privadas de ciertos derechos por el legislador; no tienen ya

³⁰ GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, EDERSA, 1979, T. I, p. 294

³¹ GARCÍA AMIGO: *Ibidem*, p. 295

³² En nuestro medio, y en sentido contrario, ESPINOZA, Juan: *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Lima, Grijley, 1998; *Derecho de Personas*, Lima, Rodhas, 2006, p.595

³³ JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa –América, 1950, T. I vol. I, p. 263.

plena capacidad de goce; están sometidos a una incapacidad parcial de goce”³⁴.

En una definición singularmente descriptiva BONNECASE señala que “la capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”³⁵. Y luego añade: “si bien es cierto que la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se le puede hacer sufrir restricciones; si se prefiere, no existe incapacidades de goce generales, pero por el contrario, hay incapacidad de goce especiales”.

Ya más recientemente el profesor Christian LARROUMET, comentando la normatividad francesa indica que “la incapacidad de goce tiene como objeto prohibir a un individuo de manera radical el incumplimiento de un acto. Para ello, se priva al incapaz del derecho de cumplir por sí mismo o por intermedio de otro. En otras palabras, el derecho de realizar el acto no puede nacer en beneficio del incapaz; éste no puede disfrutar de ese derecho, es decir que no puede adquirirlo, y ésta es la razón por la que decimos que no tiene capacidad de disfrute.

Se debe, entonces, considerar que hay una disminución de la personalidad jurídica (*capitis deminuto*), consecuencia de la incapacidad de disfrute.

Antes de 1984, la muerte civil era en realidad, una incapacidad de goce general, en el sentido de que abarcaba todos los derechos y todos los actos de la vida jurídica. Después de que la muerte civil fue abolida, no es posible que haya incapacidad general de goce. Sólo hay incapacidades especiales, las cuales atañen a un derecho determinado que no puede nacer en beneficio del incapaz.

Sin embargo, las razones de ser de una incapacidad de disfrute son variadas y son las mismas que permiten comprender que la incapacidad es de goce y no simplemente de ejercicio”³⁶.

Y agrega “las incapacidades de goce que acabamos de ver están caracterizadas por el hecho de que es imposible aportarles un remedio cualquiera que éste sea, es decir que en ningún caso el acto prohibido

³⁴ MAZEAUD, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa –América, 1959, Parte Primera, vol. II, p.7

³⁵ BONNECASE, J.: *Elementos de derecho civil*, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945, T. I, p. 377. En esa misma línea puede consultarse PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho civil francés*, Habana, Cultural la Habana, 1940, T. VI, p.104

³⁶LARROUMET, Christian: *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho Privado*, (trad.esp.) Bogotá, Legis, 2008, p.230

puede ser realizado, ni por el incapaz mismo, ni por alguien que lo represente, que actuara en su lugar, por cuenta y en nombre suyos. Ésta es una diferencia esencial con las incapacidades de ejercicio, las cuales pueden ser remediadas. Esto es perfectamente comprensible: a partir del momento en que el derecho de cumplir un acto no pueda nacer en beneficio del incapaz, es evidente que ese derecho nunca podrá ser ejercido de ninguna manera”³⁷.

De lo dicho podemos establecer que la doctrina francesa, siguiendo a su legislación, no utiliza la nominación “capacidad jurídica” sino “capacidad de goce”, y que esta puede estar sujeta a restricciones por imperio de la ley, de modo que un incapacitado en el goce de cierto derecho no podrá realizar dicho acto por sí mismo o por intermedio de otro sujeto.

b) La capacidad de goce en la doctrina portuguesa

CARVALHO sostiene que “la capacidad de goce es, así, la medida de derechos y vinculaciones de las cuales una persona puede ser titular o puede estar adscrita”³⁸, en ese sentido se puede “hablar de incapacidad de goce y de incapacidad de ejercicio...”³⁹

Ya con anterioridad el profesor DOMIGUES DE ANDRADE diría que la incapacidad de goce no se puede suplir, “los negocios a que se refieren, no pueden ser concluidos por otra personas en nombre del incapaz, ni por el propio incapaz, con autorización de otra entidad”⁴⁰. De allí que “la determinación legal de capacidad de goce, por tanto, es hecha solo por vía genérica, indirecta o negativa, y no de modo específico, directo o positivo. La ley no indica hasta donde va esa capacidad. Dice apenas cuales son los límites que ella sufre (...) Estas incapacidades de goce, como excepciones que son, solo pueden ser declaradas en la ley”⁴¹.

Finalmente PAIS VASCONCELOS considera que la capacidad de goce “...es la susceptibilidad de ser titular de derechos, de situaciones jurídicas. Tiene que ver con la titularidad.

Diferente es la capacidad de ejercicio, también llamada capacidad de actuar, que es la susceptibilidad que la persona tiene de ejercer personal y libremente los derechos y cumplir las obligaciones que están en su titularidad, sin intermediación de un representante legal o el consentimiento

³⁷ LARROUMET, Christian: *Ibidem*, p.232

³⁸ CARVALHO, Luís: *Teoria Geral do Direito Civil*, T. I, p. 129

³⁹ CARVALHO, Luís: *Ibidem*, T. I, p. 132

⁴⁰ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel: *Teoria Geral da Relação jurídica*, Coimbra, 1953, p.7

⁴¹ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel: *Op cit*, p.11

de un asistente. La capacidad de ejercicio, en una visión más concreta, es la posibilidad que cada persona tiene de actuar personal y directamente, esto es, de actuar en el mundo del derecho. (...) Se trata de dos realidades diferentes: de un lado está la capacidad de ser titular y del otro está la capacidad para el ejercicio”⁴². Añade que “constituye un caso de incapacidad de goce, por ejemplo, el impedimento dirimente absoluto del casamiento de un menor de edad inferior a dieciséis años (...) No se trata de una simple limitación al ejercicio personal y libre: el menor con edad inferior a los dieciséis años no puede casarse, ni aún representado o asistido por los titulares del poder paternal”⁴³.

De las ideas anteriormente mencionadas podemos concluir que la doctrina portuguesa, coincide con la doctrina francesa no solo en la nominación “capacidad de goce” sino también en su conceptualización y, por tanto, aceptan que la capacidad de goce tiene restricciones⁴⁴.

Finalmente cierta doctrina nacional⁴⁵ y diversa extranjera⁴⁶, aunque sin una mayor reflexión sobre el estado de la cuestión, han seguido la concepción de capacidad de goce comentada.

5.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

Si analizáramos incluso, de forma epidérmica, la nominación que propone la doctrina, constatamos con claridad que la **capacidad jurídica** (término usado por la doctrina alemana e italiana), es aquella **potencialidad** del sujeto de derecho en desenvolverse como titular de relaciones jurídicas. Por su parte, la **capacidad de goce** (término usado por la doctrina francesa y portuguesa), se sustenta en el aprovechamiento o

⁴² PAIS VASCONCELOS, Pedro: *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p.90

⁴³ PAIS VASCONCELOS, Pedro: *Ibidem*, p.91

⁴⁴ A parte de los mencionados confróntese: MOTA PINTO, Carlos: *Teoria Geral do Direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.223; HÖSTER, Heinrich: *A parte geral do Código civil português*, Coimbra, Almedina, 2007, p.315 y ss.

⁴⁵ RUBIO, Marcial: *El ser humano como persona natural*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, p. 147-148 “la *capacidad de goce* de los derechos es una atribución que tiene la persona, en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos. La persona podrá ejercitarlos por sí mismas, o necesitará que otro los ejercite por ello, pero en todo caso es titular de derechos”(…) La negación de capacidad de goce tiene que ser expresada en la ley” Pone como ejemplos, 241, 242, 378 inciso 2, 420, 515, 538, 867, 742, 1366 del Código civil y concluye “los ejemplos pueden multiplicarse, pero en todos estos casos, la característica central es que los impedidos no pueden ejercer dichos derechos ni por sí mismos ni a través de terceros. Es decir, no tiene capacidad de goce”; TORRES, A.: *Acto jurídico*, Lima, San Marcos, p.104 y ss.

⁴⁶ Solo a guisa de ejemplo, BAQUEIRO y BUENROSTRO: *Derecho civil. Introducción y personas*, México, Harla, 1995, p.208 y ss

disfrute⁴⁷ **concreto** de un derecho, sea por uno mismo o por un representante. De modo que si el artículo 3 del Código Civil hace referencia a la **capacidad de goce**, ha de interpretarse el mismo conforme a la doctrina que usa esa nominación.

De otro lado, con espíritu crítico COVIELLO sostenía que "la capacidad de derechos y la capacidad de obrar se designan aun, en el lenguaje legislativo, con las expresiones goce de derechos, ejercicio de derechos, las que deben evitarse por impropias e inexactas. En efecto, tanto goce como ejercicio expresan un hecho concreto, no una potencialidad; y además, no denotan dos ideas diversas, ya que el goce mismo es ejercicio. Finalmente, aun el que es capaz de obrar puede tener el goce del derecho, sin tener su ejercicio, si lo ha cedido a otro o se hace representar: y, por otra parte, también el incapaz de obrar puede ejercitar sus derechos por medio de un representante"⁴⁸ (El subrayado es nuestro).

La opinión de COVIELLO nos lleva a la siguiente conclusión: 1) que los términos capacidad de goce y ejercicio expresan hechos "concretos" y no una "potencialidad". Lo cual coincide con nuestra aseveración de que las ideas de capacidad jurídica y capacidad de goce no tienen una misma significación. 2) de otro lado COVIELLO comete un error en sostener que goce y ejercicio no denotan ideas distintas, esto se aprecia cuando él mismo propone supuestos en los cuales se cuenta con un tipo de capacidad y no la otra.

La doctrina nacional causante de este artículo, se pregunta si en abstracto o en el reino de la subjetividad ¿es posible gozar de un derecho? Pero el tema no debe ser planteado de esa forma. El goce y el ejercicio como potencialidad siempre se pueden predicar a los seres humanos. Pero las categorías "jurídicas" de capacidad de goce y ejercicio deben ser valoradas *in concreto*, esto es, si en un supuesto de hecho determinado se puede gozar (aprovechamiento de un derecho) o ejercitar los mismos (obrar directamente respecto a un derecho). Entendemos que al ser la capacidad

⁴⁷GARCÍA AMIGO: *Op cit*, T. I, p. 399 señala capacidad es "la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas; referida al derecho civil, esa aptitud se concreta a la relaciones jurídicas civiles o privadas en general; también se llama capacidad de goce, ya que el titular de relaciones jurídica, es quién la disfruta -positiva o negativamente-"

⁴⁸ COVIELLO, N.: *Op cit*, p. 158

una construcción jurídica que no responde estrictamente a la ontología⁴⁹ o al Derecho natural⁵⁰, su asignación y límites son establecidos por ley.

En consecuencia la capacidad de goce, no debe ser vista de modo potencial (como la capacidad jurídica), sino de manera concreta, como la aptitud de aprovechar un derecho; y por tanto, puede estar limitada por el ordenamiento jurídico, pero no de forma absoluta, (como ocurría con esa extinta figura denominada “muerte civil”⁵¹), sino de forma relativa o especial, como en los ejemplos que se verán seguidamente.

6.- ALGUNOS EJEMPLOS ESCLARECEDORES

a) El segundo párrafo del artículo 71 de la *Constitución Política del Perú* dispone: “Sin embargo, dentro de 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 conforme a ley.” (el subrayado es nuestro).

Si creyéramos que este artículo solo hace referencia a la capacidad de ejercicio, estaríamos cometiendo un grave error. Ya que si en éste caso la capacidad de goce de los extranjeros permaneciera, estos podrían aprovechar dicho derecho de propiedad dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera por medio de un representante, pero esto no es posible. La norma ha puesto un límite al goce de este derecho, el cual no puede ser disfrutado por los extranjeros de ningún modo.

b) Lo propio se puede decir en cuanto a la *Ley de radio y televisión* N° 28278, la cual establece en su artículo 24 que “Sólo pueden ser titulares de autorizaciones y licencias personas naturales de nacionalidad peruana o personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el Perú.(...)”

El extranjero, ni directamente ni a través de una empresa unipersonal, puede ser titular de autorización o licencia.”

⁴⁹ En contra, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho de las personas*. p. 31 “Como esta capacidad es inherente a la persona, es absurdo pretender limitarla o restringirla por ley. Ello es un imposible ontológico. A nadie se le puede privar, por ejemplo, el gozar de ser propietario o del derecho a comer, pues estos derechos son inherentes a la persona, a todas las personas por igual, sin excepción. Lo único que es posible, mediante ley, es limitar el ejercicio de dicha capacidad de goce.”

⁵⁰ GALLO, Paolo: *Diritto Privato*, 4ed. Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, p. 97 “La capacità giuridica non è quindi un qualche cosa di innato, o un istituto del diritto naturale, ma è un istituto del diritto positivo; compete in altre parole all’ordinamento stabilire a quali soggetti attribuire la capacità giuridica.”

⁵¹ Los MAZEAUD: *Op cit Loc cit.*, recuerdan que en Francia con “la ley de 31 de marzo de 1854 suprimió la muerte civil, que alcanzaba a los condenados a penas perpetuas. El muerto civil perdía toda personalidad; su sucesión se abría; su matrimonio era disuelto como por muerte”

Resulta claro que los extranjeros no tienen capacidad de goce del derecho a ser titulares de una autorización o licencia de radio o televisión

c) Finalmente de los muchos ejemplos que encontramos en el *Código civil*, reseñaremos solo el artículo 856, el cual dispone que: “La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.”

Evidentemente el concebido no tiene capacidad de ejercicio, pero en este caso además esta “suspendido” el goce de su derecho a la partición.

Cómo justificarían estos ejemplos, aquellos que sostienen que la capacidad de ejercicio⁵² es la única que establece límites. Ya que la denominada capacidad jurídica (mal entendida como capacidad de goce) al ser potencial no estaría sujeta a ninguna cortapisa legal.

Tendrían que decir, en este último ejemplo, que el “concebido tiene suspendido el ejercicio de su derecho a la partición”. Sin embargo, ello no agrega nada al problema, ya que es claro que todo concebido no puede ejercer sus derechos, por eso, en este caso el concebido tiene suspendido el goce del derecho a partición, más no de otros.

7.- CAPACIDAD JURÍDICA ES CAPACIDAD GENÉRICA, PERO NO DE GOCE:

Finalmente se suele enunciar que la capacidad de “gocé” o “genérica” son sinónimos, lo cual es una equivocación, ya JOSSERAND recordaba que a parte de la capacidad de goce y ejercicio, las incapacidades también pueden clasificarse de otras maneras, así: “una incapacidad es general o especial: general, cuando se extiende, en principio a todos los actos jurídicos (...); es especial, cuando se refiere a actos de determinada categoría”⁵³. O como diría CARVALHO “la capacidad se dice genérica cuando abarca la generalidad de derechos y vinculaciones reconocidos por el orden jurídico. Capacidad genérica, sea de goce, sea de ejercicio, la tienen las personas singulares mayores”. (...) Pero la capacidad de las personas presenta, a veces, un ámbito más restringido abarcando apenas ciertas categorías de derechos o de vinculaciones se dice entonces *capacidad específica*”⁵⁴. Finalmente BARBERO⁵⁵ define “la capacidad

⁵² En ese sentido se propone modificar el artículo 3 del código civil

⁵³ JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa –América, 1950, T. I vol. I, p.265

⁵⁴ CARVALHO, Luís: *Teoria Geral do Direito Civil*, T. I, p. 131. Al respecto clarifica señalando que “A primeira verificação a fazer, já antes assinalada, é a de a mesma pessoa poder ter capacidade de gozo e não capacidade de exercício. Mais: uma pessoa dotada de capacidade de gozo genérica pode sofrer de uma incapacidade de exercício genérica. É esse, em determinadas circunstâncias, o caso dos menores.

genérica es general cuando se la atribuye para la totalidad de relaciones posibles y sin especificaciones singulares.” y es especial cuando se “refiere a relaciones determinadas singulares”

Como se ha señalado, la capacidad de goce no puede ser sinónimo de la capacidad genérica, ya que son clasificaciones diversas. Sin embargo, no existe incompatibilidad entre la “capacidad jurídica” (en sentido estricto) y la capacidad genérica. Ya que al ser aquella potencial y abstracta, se puede predicar a la generalidad de sujetos. En este sentido hay que interpretar a la doctrina italiana cuando señala que la capacidad jurídica no puede estar sujeta a limitaciones; ya que en éste caso hacen referencia únicamente a la capacidad genérica. Pero ello no quiere decir que dichos autores dejen de reconocer que la capacidad jurídica puede estar sujeta a restricciones legales, pero estas serán incapacidades especiales y no genéricas.

En efecto la propia doctrina italiana que sostenía que la capacidad jurídica no estaba sujeta a límites legales, debe admitir la existencia de restricciones específicas. Tal es el caso de BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI y BUSNELLI cuando afirman que “(...) se ha observado que, mientras que la subjetividad es un *quid* simple (no puede sino existir o no existir), la capacidad jurídica es, por su naturaleza, un *quantum*, conmensurable por grados. La observación parece ser exacta y permite justificar la existencia de incapacidad jurídica especial que, como se verá, puede referirse, en campos limitados, a determinadas categorías de sujetos que, por lo demás, no carecen de una capacidad jurídica general”⁵⁶. En esa misma tónica se encuentra la opinión de TORRENTE, BIANCA, GAZZONI y FALZEA⁵⁷.

A razão de tal facto decorre naturalmente do diferente plano em que cada um dos referidos conceitos se coloca. Quando se diz que um menor tem capacidade de gozo genérica, isso significa que ele pode ser titular da generalidade dos direitos e estar adscrito à generalidade das vinculações reconhecidas pela ordem jurídica. Não se está então a averiguar se, por exemplo, ele é titular efectivo de certo directo; nem isso interessa à capacidade de gozo.” (*Ibidem*, p.132)

⁵⁵ BARBERO: *Op cit*, T.I, p. 195

⁵⁶BRECCIA, BIGLIAZZI, NATOLI y BUSNELLI: *Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, T. I, vol. I, p. 130. Del mismo modo BIANCA, C.: *Diritto Civile. La Norma Giuridica- I Soggetti*, Milano, Giuffrè, 1984, T. I, p.193 señala que “La capacidad jurídica es la idoneidad del sujeto para ser titular de posiciones jurídicas. Esta es general cuando el sujeto es abstractamente idóneo para ser titular de todas las posiciones jurídicas relacionadas a sus intereses y a su actividad.

La capacidad jurídica general puede unirse a singulares incapacidades especiales, las cuales excluirán al sujeto la titularidad de determinadas relaciones jurídicas”

⁵⁷TORRENTE, A.: *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1968, p.70; BIANCA, C.: *Op cit*. T. I, p.194 y ss.; GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1998, p.120; FALZEA, A: *Voci di teoria generale del diritto*, p. 154 “Qualora, con la doctrina corrente, si decide designare talune di esse como incapacià giuridiche, occorre chiarire rigorosamente, per evitare confusión ed equivoci, que non si tratta di fenomeni incidenti la generale capacità giuridica del soggetto: sarà oportuno a questo fine parlare di incapacià giuridiche speciali. La capacità giuridica generale continua a sussistere ed a svolgere l ufficio che le é proprio-constante ed astratta – anche se sul piano dei

De lo dicho se puede apreciar la inconsistencia de la conceptualización de “capacidad jurídica” (en sentido estricto), ya que si es la aptitud abstracta, estática e irrestricta para ser titular de derecho y deberes, esto difícilmente será compatible con las restricciones legales específicas existentes.

Si consideramos que los “límites” son los que interesan prioritariamente al Derecho (bástese revisar la definición de Derecho de KANT para acreditar lo que digo), por eso resulta más útil la nominación “capacidad goce” al ser ésta concreta, se entiende fácilmente como la misma puede estar sujeta a límites legales.

8.- CONCLUSIONES:

- 1) *La capacidad de goce*: supone el aprovechamiento concreto de un derecho; por tanto, se pueden establecer restricciones legales a la misma. De modo que podrá haber una incapacidad de goce, cuando un sujeto en un caso concreto no pueda ser titular de un derecho por sí mismo o por intermedio de otro.
- 2) *La capacidad jurídica*: Supone la aptitud *potencial y abstracta* para ser titular de derechos y deberes (o relaciones jurídicas). En atención a dicha definición no parecen admisibles limitaciones legales a dicha aptitud. Pese a ello la doctrina que acoge esta nominación acepta que puede haber limitaciones específicas o especiales establecidas por ley. Surge así la contradicción por la cual una aptitud potencial tenga límites.
- 3) *Capacidad genérica*: Se refiere a la generalidad de derechos y deberes que un sujeto puede contar, ésta se diferencia de la capacidad *específica* referida solo a una categoría concreta de relaciones jurídicas. En razón de esta taxonomía: puede existir capacidad de goce y de ejercicio, que sean genéricas y específicas, así como capacidad jurídica o de obrar que sean genéricas o específicas.
- 4) Por lo expuesto, no existe sinonimia entre los términos: “capacidad jurídica”, “capacidad de goce” y “capacidad genérica”.

singoli campi normativi subentrano limitazioni e restrizioni . Il segno Della sua permanente presenza é dato dal principio generale di uguaglianza che costituisce automaticamente ad eccezioni le limitazioni e restrizioni che sono poste dalla legge alla libera esplicazione della personalità e, por converso, gli esoneri e le immunità rispetto ai vincoli generali con cui viene garantita la coesistenza e la libertà dei soggetti (e che, anche sotto questo profilo, appare conveniente definire come incapacità giuridiche speciali).”

- 5) El artículo 3 del Código civil, hace referencia a la “capacidad de goce”, por tanto debe seguirse la significación que la doctrina ha elaborado respecto a dicho concepto; según la cual, dicha capacidad esta sujeta a limitaciones legales. Por ello carece de objeto pretender modificar el Código civil.
- 6) Finalmente en el camino para llegar a estas conclusiones hemos podido comprobar que el término “capacidad” no es sinónimo de “personalidad”.