

CAPACIDAD JURÍDICA: EL HISTÓRICO PROBLEMA DE UNA CATEGORÍA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO. A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384 EN EL LIBRO DE DERECHO DE LAS PERSONAS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz

*Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo
Miembro de la Associazione di Diritto Pubblico Comparato e Europeo (Italia)*

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2018

Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2018

RESUMEN: El ser humano es un ser con libertad, lo que le permite superar la idea de ser simplemente racional. Por eso el Derecho es la libertad de cada ser humano en la sociedad.

ABSTRACT: The human being is a being with freedom, which allows him to overcome the idea of being simply rational. That is why the Law is the freedom of every human being in society.

PALABRAS CLAVE: Ser humano, libertad y Derecho.

KEYWORDS: Human, freedom, Law.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La capacidad jurídica: breve evolución histórica. 3.- La capacidad jurídica: concepción y sus modalidades. 4.- Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y modernización del ordenamiento jurídico peruano. 5.- Las modificaciones a los artículos 3, 42, 43, 44 y 45 del código civil peruano. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

¿Qué es el hombre? No es más que una nada respecto al infinito, un todo respecto a la nada, un punto medio entre la nada y el todo, infinitamente alejado de poder comprender los extremos. El fin de las cosas y sus principios le están invenciblemente escondidos en un impenetrable secreto, igualmente incapaz de ver la nada de la que es sacado y el infinito por el que es engullido.

Blas Pascal

1. INTRODUCCIÓN

La concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal¹, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, que es al mismo tiempo coexistencial y temporal, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

En este sentido, el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano pueda cumplir con su personal y propio “proyecto de vida” dentro de la sociedad, participando del bien común³. Por ello, el Derecho es, en esencia, libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona⁴.

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

La libertad es el *plus*, que hace que el ser humano sea único, singular, irreplicable, idéntico a sí mismo⁶. Es decir, que posea en sí dignidad⁷.

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

La libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestra esencia espiritual y la segunda, el de su aparición en

¹ Corresponde al maestro peruano Carlos Fernández Sessarego el desarrollo en América Latina del personalismo jurídico. Entre sus trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 507.

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

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

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

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

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

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

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

el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

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

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

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

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza mediante los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad en el denominado “proyecto de vida”¹¹.

Otro factor importante para la visión moderna de la capacidad jurídica es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho, de raíz latinoamericana.

En la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, imperante aun en nuestra época, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal¹². Este planteamiento supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social¹³, los valores¹⁴ y las normas jurídicas¹⁵, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

No se hubiera podido elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del hombre, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. Sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y

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

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

¹¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

¹² Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995, p. 26.

¹³ Para la teoría egológica del Derecho, impulsada por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, la experiencia jurídica se encuentra conformada principalmente por la realidad sociológica – conductual del ser humano: “*El Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa*”. Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 57, o “*la pura validez no es Derecho ni interesa al jurista, porque el jurista y el Derecho están en la realidad*”. Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944, p. 226.

¹⁴ De acuerdo a la corriente axiológica del Derecho, los valores inmanentes sustentaban la realidad jurídica, constituyéndose en derecho natural. Así, el filósofo griego Aristóteles (384 a.c. – 322 a.c.) expresaba que “*lo natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres pueden tomar en un sentido o en otro*”: Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950, p. 211.

¹⁵ Hans Kelsen, el egregio jurista austríaco, afirmaba que “*con la tesis de que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afirmarse sólo una tautología. Pues el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma*”: Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, p. 32.

profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional, sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

El tridimensionalismo de origen latinoamericano plantea que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que, de suyo, es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores¹⁶. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “lo jurídico”¹⁷.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante¹⁸.

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas. Y el Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi, presidente emérito de la Corte Constitucional de su país, en su clásica obra *Prima lezione di diritto*¹⁹: “*el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja*”, pues “*la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos*”²⁰. En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el también maestro Pier Giuseppe Monateri, profesor ordinario de la Universidad de Turín, “*custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser*”²¹.

2. LA CAPACIDAD JURÍDICA: BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el derecho romano la palabra *persona* tenía dos acepciones. En la primera, significaba ser capaz para tener derechos y deberes²². En la segunda, se aplica al rol que cada sujeto estaba destinado a representarlo, es decir, los diferentes estados que los hombres pueden tener: el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo, y los derechos y las obligaciones que de allí dimanaban, sin perjuicio de aplicar a cada uno en particular las

¹⁶ Respecto a los valores y los derechos primordiales del ser humano, ha escrito autorizada doctrina italiana, que los derechos inviolables de la persona tutelan valores no siempre y universalmente tutelados, pero se trata de valores que en el ámbito de la civilización occidental y, además, la sociedad de nuestro tiempo reconoce como esenciales y considera como “justo” tutelarlos, prescindiendo de lo prescrito por las leyes: Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, p. 14.

¹⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, p. 119 y ss.

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 708.

¹⁹ Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quinceésima edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 22.

²⁰ Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 65.

²¹ Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, Ara editores, Lima, 2009, p. 11.

²² Para Savigny, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento: Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, p. 273.

consecuencias de cada estado. Estas diversas cualidades, estos diferentes estados, constituían, para Roma, lo que se denominaba *persona*²³.

En efecto, el Derecho en Roma dividía a las personas en esclavos y en personas libres. No obstante, la esclavitud, como enseñaba el ilustre romanista francés Joseph Elzéar Ortolan²⁴, era del derecho de gentes y no de derecho natural, debido a que los hombres no nacen ni se encuentran organizados para ser los unos la propiedad de los otros, siendo la servidumbre contraria a su naturaleza y no faltaron de proclamarlo los juristas romanos en la época en que el Derecho se hermanó con la filosofía. La esclavitud dimanaba de las costumbres y de los usos generales de las principales naciones de ese tiempo.

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

La división de personas en ciudadanos y no ciudadanos tenía como base la posesión o la privación del derecho de ciudadanía romana. Inicialmente, al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del derecho civil romano²⁵.

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

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

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

Si bien es cierto que no existió en el Derecho de la antigua Roma una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, comprendida como actitud de un sujeto a ser, ya sea activa o pasivamente, titular de relaciones jurídicas. El concepto de capacidad se especificaba y se fragmentaba en concretas relaciones, con la característica de ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo. Asimismo, el Derecho de la Roma antigua negaba, total o parcialmente, la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica²⁶. Como lo recuerda el ilustre romanista italiano Filippo Serafini, de acuerdo a los principios del Derecho bastaba ser hombre para ser persona, pero para el derecho romano el hombre como tal no es persona, sino solamente lo que es el hombre en quien la ley reconoce capacidad de derechos²⁷.

En síntesis, el derecho romano, como enseñaba el profesor mexicano Guillermo Floris Margadant²⁸, sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos, en atención con las sistematizaciones didácticas, escolares, de la jurisprudencia clásica (Gayo), éstos debían reunir, para ser considerados como personas, los siguientes tres siguientes:

²³ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Esteban de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874, p. 37.

²⁴ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, p. 39.

²⁵ Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961, p. 81.

²⁶ Jörs, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965, p. 125.

²⁷ Serafini, Filippo, *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I: *Introducción – Teoría General – Derechos Reales*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de Juan de Dios Trías, Barcelona, 1915, p. 133.

²⁸ Margadants S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge .S.A, México D.F., 1979, p. 119.

- a) Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).
- b) Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).
- c) Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).

En tal sentido, la personalidad del sujeto, resultado de la reunión de estos tres requisitos, incluso podía comenzar un poco antes de la existencia física independiente, y terminaba algo después del fallecimiento de la persona.

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

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

No obstante, fue el pensamiento de carácter cristiano que acuñó el *status naturalis*, como era denominado el *status moralis*. Al formularse esta nueva perspectiva genérica de *status* el pensamiento jurídico se aproximó a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta como la posición jurídica del ser humano en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del sujeto que las normas otorgan efectos jurídicos, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes: en efecto, situaciones jurídicas subjetivas.

En la obra de Thomas Hobbes, que reviste gran valor para la ciencia jurídica, conformada por *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive* (1642, de la que deriva su gran obra el *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de Derecho, presentó la idea del concepto persona. Son todos cuerpos físicos. Puede indicarse también a su *De Homine* para el que *“homo dicitur ex quo anima carni infunditur”*, el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la *“persona est res animata et rationabilis et individua substantia”*, la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona en el ámbito del Derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. En efecto, el cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico²⁹.

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

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

²⁹ Como bien enseña el maestro de la Universidad de Sevilla, Bartolomé Clavero, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012, pág. 63, y en: *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 73.

también llamado éste último por entonces *económico*, que recuerda el origen de la palabra “*personæ*” (la máscara utilizada en el teatro en el mundo antiguo).

A partir del capítulo segundo del libro primero, sobre los *Rights of Persons*, Blackstone se ocupó de la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular, sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: “*We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other*”. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad.

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

*By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it*³⁰. (“Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada”).

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

*The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons; relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other*³¹. (“Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros”).

Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Este es el lenguaje dado y el orden establecido. El referido alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas “is the more popular acceptance of rights or jura”, es la acepción más extendida de las expresiones de *rights* o *iura*³².

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

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

³⁰ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893, pág. 122.

³¹ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, p. 122.

³² Bartolomé Clavero, *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, p. 96.

personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma cualificada de *persona*.

Posteriormente, con la decadencia del iluminismo y su influencia en el pensamiento jurídico coincidió históricamente con el surgimiento en la ciencia jurídica del concepto de capacidad jurídica. Como indica el Maestro Fernández Sessarego³³, el jusfilósofo italiano Angelo Falzea atribuye al jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), ser el primer jurista en utilizar la expresión “capacidad jurídica” en 1803.

El maestro italiano Pasquale Stanzone³⁴ enseña que si se considera al *status* una noción sumamente genérica, por la cual con éste término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es complicado arribar a la conclusión que el Estado determina la actitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos.

También enseña el Maestro de la Universidad de Salerno³⁵, que ambos conceptos fueron advertidos por la doctrina francesa, la cual no dudaba en concluir esta relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*, ya sea que se comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal –es decir, comprendiéndola como capacidad jurídica general o de goce– y como capacidad de ejercicio.

En efecto, en el artículo 7º del título I del *Livre premier* del Code Civil³⁶ se establece que el ejercicio de los derechos civiles es independiente del ejercicio de los derechos políticos, los cuales se adquieren y conservan conforme a las leyes constitucionales y electorales.

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

En la doctrina clásica francesa, Gabriel Braudry-Lacantinerie³⁷ sostenía que la capacidad jurídica es la aptitud para gozar o para ejercer un derecho. El defecto de la capacidad constituye la denominada incapacidad.

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

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

A raíz de su ámbito de aplicación, para Braudry-Lacantinerie³⁸, la capacidad o discapacidad son generales o especiales. Las personas con discapacidad general no pueden ejercer los derechos, salvo las excepciones contempladas por la ley. La incapacidad especial es cuando se conserva la capacidad de adquirir o ejercer o gozar los derechos.

Importante fue también el planteamiento de René Demogue, tan conocido en el derecho continental por formular la distinción entre las obligaciones en medios y resultados³⁹, que

³³ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), p. 324.

³⁴ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, p. 23.

³⁵ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 24.

³⁶ *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 07.

³⁷ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905, p. 92.

³⁸ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, tomo premier, p. 93.

³⁹ En efecto, Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 538 y ss., formuló la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados: “La obligación del deudor no será siempre de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios”. En la doctrina nacional, nos informan sobre la influencia de estas ideas, los profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011, p. 128.

consideraba que la capacidad es la actitud de poseer y ejercitar los derechos. Para el profesor de la Universidad de París, la teoría de la incapacidad es esencialmente individualista en su fundamento, aunque tendería a garantizar el interés social de la protección de los sujetos débiles⁴⁰.

Otro egregio maestro del derecho francés, Henri Capitant⁴¹, consideraba que la capacidad jurídica es la aptitud de ejercer los derechos y hacerlos valer. Esta concepción de la capacidad, enseñaba Capitant, tiene dos elementos distintos y consecutivos⁴². Uno es la adquisición de los derechos, su goce, la otra faz es hacer valer los derechos, utilizarlos, cederlos, transmitirlos a terceros, en una palabra, ejercitarlos.

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

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

Concluye Capitant que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción⁴³.

Para Louis Josserand, que fue ilustre Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon y Consejero de la Corte de Casación francesa, en su clásico *Derecho Civil*⁴⁴, sostiene que la *capacidad* es una palabra de doble sentido, lo que mismo que *incapacidad*, su contraria: algunas veces se designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, y, por ende, se trata de una capacidad o de una incapacidad de goce (denominada equivocadamente para el jurista lionés); otras veces, y con mayor asiduidad, se trata sólo de la aptitud o falta de ella para *ejercer* los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de un *incapacidad de ejercicio*.

Para el maestro Josserand, la incapacidad de goce implica la incapacidad de ejercicio o la hace más bien inútil e inconcebible, debido a una persona no podría ejercer derechos que no le corresponden. En este sentido, la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente⁴⁵.

Décadas después, el *doyen* Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones⁴⁶. La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el *doyen*, la incapacidad de goce es la inaptitud de ser sujeto de derechos y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.

En la experiencia alemana, el Código Civil o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en la sección primera, título 1 dedicado a las personas naturales, consumidor y el empresario, en el párrafo 1 establece que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento del sujeto⁴⁷.

⁴⁰ Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, Sources des Obligations (Suite et fin), tome II, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 375.

⁴¹ Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925, p. 178.

⁴² Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 179.

⁴³ Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 184.

⁴⁴ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952, p. 262.

⁴⁵ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, p. 263.

⁴⁶ Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965, p. 636.

⁴⁷ *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 35.

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

Doctrina jurídica germana ha establecido que la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento. La personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivale a la *capacidad jurídica*⁴⁸.

Apunta el egregio Ludwig Enneccerus que la capacidad jurídica no se debe confundir con la capacidad de obrar, es decir la capacidad de negociar y la capacidad de imputación – capacidad delictual, o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Asimismo, enseñaba el Maestro de la Universidad de Marburgo, que jurídicamente capaces (personas) son los hombres y, además, ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesias, Municipios, determinadas asociaciones, fundaciones, etc.) que se contraponen bajo la denominación de personas jurídicas a los hombres, como personas naturales, indicando que la capacidad jurídica de las personas descansa también en el ordenamiento jurídico⁴⁹.

Para la doctrina alemana, la capacidad jurídica del hombre termina con el fallecimiento de la persona. La transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regula por el derecho de sucesiones⁵⁰.

Otro modelo importante, el italiano, dispone en su libro primero dedicado a las personas y a la familia, en el título I de las personas físicas que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento⁵¹.

Cabe indicar también que, dentro del contexto del fascismo, el tercer párrafo del citado artículo primero se había establecido limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas, calificadas acertadamente por el Maestro y notable historiador del Derecho, Paolo Grossi, como aberrante⁵². En efecto, Dino Grandi, Ministro Guardasellos en la promulgación del código italiano, expresaba sobre esta norma que “*pareció conveniente, en armonía con las directivas raciales del régimen (fascista), colocar en el tercer párrafo del artículo 1º una disposición con la cual se remite a las leyes especiales por cuanto concierne a las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas. Además, la fórmula utilizada en el texto contiene una afirmación positiva, en cuanto establece el principio que la pertenencia a determinadas razas puede influir en la esfera de la capacidad jurídica de las personas*”⁵³.

Por otro lado, el código civil italiano de 1942, a diferencia de código de 1865, no exige ya el requisito de la vitalidad, es decir, la idoneidad del sujeto a permanecer con vida⁵⁴.

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

⁴⁸ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, p. 318.

⁴⁹ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 318.

⁵⁰ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 323.

⁵¹ *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 133.

⁵² Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 22.

⁵³ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione di Guido Alpa e Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Libreria dello Stato, Roma, 2010, p. 17.

⁵⁴ Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli, Turin, 2003, p. 44.

Doctrina clásica italiana manifestaba que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho se encuentra constituido para su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de tal forma que no es posible concebir seres humanos que no se encuentren dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, que se adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte⁵⁵. Asimismo, la clásica doctrina expresaba que la capacidad jurídica se distinguía en capacidad de derechos, propiamente dicha, y la capacidad de obrar. Aquélla consistía en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones de existencia, en tanto la segunda implica la capacidad de querer. Por ello, todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos, en tanto que la capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas⁵⁶.

La actual doctrina itálica sostiene que la capacidad jurídica es la idoneidad de ser sujeto de derechos y obligaciones⁵⁷, idoneidad tanto para la persona física y la persona jurídica o entes dotados de personalidad⁵⁸, para las primeras se adquiere automáticamente con el nacimiento y se extingue con la muerte, para las segundas se adquiere con el reconocimiento⁵⁹.

Para el recordado profesor emérito de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano, la capacidad jurídica es la actitud del ser humano de ser titular de derechos y deberes, siendo la categoría equivalente a subjetividad y personalidad jurídica⁶⁰. Por su parte, Cesare Massimo Bianca, profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, considera que la capacidad jurídica es la idoneidad del sujeto de ser titular de posiciones jurídicas⁶¹.

De esta forma, la capacidad jurídica resulta así connatural a la naturaleza misma del hombre, presentándose casi como un instituto del derecho natural⁶². En esta perspectiva, la capacidad jurídica sería inevitablemente connatural al hecho mismo de la existencia del sujeto⁶³.

En efecto, como lo ha anotado una de las más valiosas mentes del pensamiento jurídico italiano⁶⁴, la noción de capacidad jurídica reviste un innegable valor moral, expresando el definitivo repudio de discriminaciones conocidas en otras épocas históricas (como la esclavitud y la muerte civil), y se comprende el esfuerzo legislativo de remover, más allá de las persistentes disparidades de carácter formal, las desigualdades que de hecho inciden sobre la proclamada idoneidad a adquirir derechos y deberes.

Con la ley n° 6 del 09 de enero del 2004 se ha instituido en Italia la administración de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que se distingue de las clásicas formas de tutela a los sujetos

⁵⁵ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 99-100.

⁵⁶ Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, pp. 157-158.

⁵⁷ Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 134.

⁵⁸ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 59.

⁵⁹ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sexta edizione, Cedam, Padua, 2009, p. 189.

⁶⁰ Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, diciassettesima edizione, con 7 tavole di diritto comparato, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

⁶¹ Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile I: La norma giuridica – I soggetti*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 213.

⁶² También notable doctrina española ha afirmado que la aptitud de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas recibe el nombre de capacidad jurídica. Se trata de una cualidad que la persona posee por el mero hecho de serla. No puede decirse que el Derecho se la otorga, sino que se la reconoce: De Ángel Yáguez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3° ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 245.

⁶³ Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, quarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006, p. 97.

⁶⁴ Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121.

débiles por orientarse a la persona, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o en parte de autonomía. Esta nueva figura se agrega a las del tutor y curador, reguladas en la codificación civil de forma más rígida, y ha sido pensada para responder en modo diversificado a las necesidades de las personas “*privadas en todo o en parte de autonomía de las funciones de la vida cotidiana mediante intervenciones de sostén temporal o permanente*” (según establece el primer artículo de la referida ley). La administración de apoyo se configura en modo flexible: puede ser instituida por sustitución o agregada a otras medidas, temporal o permanentemente, a favor de un sujeto que mantiene su capacidad de ejercicio, pero puede encontrarse en dificultad o imposibilidad, incluso temporal, para cumplir determinados actos. Las modalidades con la cual actúa su flexibilidad permiten una personalización de la intervención y se disponen por decisión del juez tutelar⁶⁵.

La finalidad legislativa de esta norma, como se ha anotado, es proteger a las personas no idóneas para el cuidado de sus propios intereses. En efecto, no se trata de personas “inexpertas”, sino más bien de personas que sufren dificultades en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana y se encuentra en ese estado, temporal o permanentemente⁶⁶. El nombramiento de un administrador de apoyo puede ser requerida para beneficio de una persona como consecuencia de una enfermedad o y una disminución física o psíquica que encuentra imposibilidad incluso parcial o temporal de proveerse cuidado⁶⁷.

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

Importante también es la experiencia jurídica japonesa, respecto al régimen de asistencia y la tutela de los sujetos con capacidad jurídica de ejercicio limitada.

Con la Ley N° 149, promulgada el 08 de diciembre de 1999, se modificó el código civil japonés de 1898, instituyendo la figura jurídica de la “asistencia”, que constituye la más importante novedad de la reforma de 1999⁶⁸, como institución jurídica amplia, debido a que pueda nombrarse un asistente a toda persona que no tenga tutor o curador, constituyendo, junto al contrato de tutela voluntaria introducida por la Ley 150 del 08 de diciembre de 1999, una importante medida jurídica para resolver el problema social de envejecimiento de la población japonesa, a causa, entre otros, de la baja tasa de nacimientos y del aumento de la esperanza de vida.

Asimismo, la reforma de 1999 condujo al legislador japonés a suprimir el antiguo concepto de “*incapacitado*” por estimarlo, como señala el catedrático de la Universidad de Navarra Rafael Domingo Oslé⁶⁹, con connotaciones negativas, instituyéndose la figura jurídica de la “*asistencia*”. Así en el Título VI: *De la curatela y de la asistencia* dentro del Libro Cuarto dedicado al derecho de familia, en su capítulo II *De la Asistencia*, el artículo 876-6 dispone que la asistencia se constituye mediante resolución judicial, como lo establece también el artículo 15 del código civil nipón. Respecto al nombramiento de asistente y asistente extraordinario, el artículo 876-7 establece que el juzgado de familia dictará la resolución de constitución de asistencia, nombrando de oficio un asistente. En el supuesto en que el asistente o la persona que lo represente tuvieran intereses opuestos al sometido a asistencia, aquel deberá solicitar al juzgado de familia el nombramiento de un asistente extraordinario que vele por los intereses del asistido, a no ser que ya hubiere nombrado un proasistente. Al respecto, el artículo 876-8 prescribe que si lo estima necesario, el juez de

⁶⁵ Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bologna, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006, p. 15.

⁶⁶ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, p. 202.

⁶⁷ Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, quarantesima ottava edizione, a cura di Giuseppe Trabucchi, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

⁶⁸ *民法 Código Civil Japonés*, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barbarán y Rafael Domingo, con la colaboración de Nobuo Hayashi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 439.

⁶⁹ Domingo Oslé, Rafael, *Estudio Preliminar*, en: *民法 Código Civil Japonés*, edición bilingüe, p. 52.

familia puede, de oficio o a instancia del sometido a la asistencia, de sus familiares o de su asistente, nombrar a un proasistente.

El código civil japonés reformado, en su artículo 876-9 dispone también que el juzgado de familia pueda dictar resolución confiriendo la representación del que se hallare sometido a asistencia para llevar a cabo determinados actos jurídicos en atención al interés de la persona asistida.

3. LA CAPACIDAD JURÍDICA: CONCEPCIÓN Y SUS MODALIDADES

Desde una visión moderna de la concepción del ser humano, y considerando a la ciencia jurídica desde la teoría tridimensional de Derecho, nos permite concebir los auténticos alcances de la denominada “capacidad jurídica”, entendida en su amplia acepción, así como evidenciar lo inadecuado de asumir una posición dualista, asumida por gran parte de la doctrina jurídica, al señalar que ésta tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la de ejercicio. Como ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, la capacidad genérica o de goce es inherente al ser humano⁷⁰. Ésta es la potencialidad o posibilidad propias de la libertad en que consiste y fundamenta al ser humano, para volcarse en actos, en conductas intersubjetivas.

En efecto, la capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Ésta no se restringe o elimina por norma jurídica, solamente desaparece con la muerte del ser humano. Ninguna ley puede limitar las decisiones del fuero interno del sujeto del derecho⁷¹. Ninguna norma puede restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de los derechos naturales al ser humano. Todos los seres humanos son igualmente libres, ergo todos son igualmente capaces. No es posible referirnos a la semilibertad, como tampoco es imaginable una semicapacidad⁷².

Entonces, si la denominada capacidad genérica o de goce se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico. Por ello, aludir a ella se presenta de todo jurídicamente irrelevante. La capacidad de goce es efecto del reconocimiento del Derecho, de la existencia de condiciones por las que un ser es idóneo de tener intereses dignos de tutela⁷³. Ciertamente, la capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquel otro tipo de capacidad, que concierne al derecho positivo, que los juristas denominan como capacidad de ejercicio, de hecho, o de obrar.

La capacidad genérica o de goce al ser inherente del ser humano, no es posible pretenderla limitar o restringirla normativamente. La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto, por el hecho de serlo⁷⁴. Esta capacidad representa o significa la potencialidad misma de la libertad para transformarse en acto, en comportamientos humanos intersubjetivos, para fenomenalizarse. En tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación o aparición en el mundo que, si es posible restringirla, limitarla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, el Derecho debe centrarse en esta capacidad.

En este orden de ideas, entendemos la importancia de desarrollar lo concerniente a la capacidad de ejercicio, de hecho, o de obrar, la cual, está relacionada con la competencia o idoneidad que se tiene para actuar y mediante esta se permiten crear, regular, modificar o

⁷⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 354.

⁷¹ Como ha anotado el ilustre historiador del Derecho, el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, la expresión “sujeto del (o de) Derecho” es técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a aquellos entes que solo a los cuales sea posible imputar derechos y obligaciones o relaciones jurídicas en terminología también de nuestra época: Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012, p. 01.

⁷² Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 808.

⁷³ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 807.

⁷⁴ Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6º ed., Grijley, Lima, 2012, p. 881.

extinguir actos jurídicos.⁷⁵ Es la aptitud del sujeto de derecho para dar vida a las diversas relaciones jurídicas que le afectan, esto es, el momento dinámico de la capacidad⁷⁶.

La capacidad de ejercicio, según nuestra normativa vigente, puede adquirirse de diferentes maneras, la primera, general, es la referida a la edad, por la cual una persona al cumplir la mayoría, en Perú a los 18 años, es considerada una persona que tiene la facultad de disponer libremente de su persona y bienes. Respecto a esto, indica el profesor Carlos Fernández Sessarego, que de acuerdo a la realidad social, a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento⁷⁷.

La segunda, son las formas especiales de adquirir la capacidad de ejercicio, en este punto tenemos el caso de las personas mayores de 14 años y menores de 18 años que contraen matrimonio o adquieren un título oficial que los autoriza a ejercer una profesión u oficio. Sobre este punto, Enrique Varsi Rospigliosi señala que la cesación de incapacidad antes de la mayoría se produce con la emancipación, por la cual el menor se libera de la patria potestad o de la tutela adquiriendo capacidad plena⁷⁸.

Fernández Sessarego señala que, el matrimonio supone un determinado grado de responsabilidad y cierta autonomía económica, ello es fundamento suficiente para que los cónyuges adquieran la plena capacidad de ejercicio por mandato de la ley. Del mismo modo, respecto a la obtención del título oficial que habilite al mayor de dieciséis años a ejercer una profesión u oficio es también indudable síntoma de responsabilidad y madurez, circunstancia que justifica el que no continúe la situación de dependencia y subordinación que comporta la patria potestad⁷⁹.

Por otro lado, tenemos el caso de adquisición de la capacidad de ejercicio por nacimiento del hijo o hija; sin embargo, cabe señalar que este tipo de capacidad solo permite el ejercicio de ciertos actos, los cuales obran taxativamente enumerados en el artículo 46 del Código Civil. A lo que Varsi Rospigliosi denomina “pseudocapacidad”, la persona no adquiere capacidad de ejercicio plena, solo adquiere una capacidad para algunos casos, una forma de semicapacidad.

4. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MODERNIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

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

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

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

Para la Convención, las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras

⁷⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 819.

⁷⁶ Pazos Hayashida, Javier, *La capacidad de la persona jurídica, apuntes indiciarios*, en: Revista Ius Et Veritas, número 31, Lima, 2005, p. 4.

⁷⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, p.164.

⁷⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 824.

⁷⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.312.

diversas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la comunidad, en igual de condiciones con los otros sujetos.

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

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

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

La Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad fue aprobada por el Congreso de la República del Perú, mediante Resolución Legislativa N° 29127 de fecha 30 de octubre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01 de noviembre de 2007; asimismo fue ratificada por el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE de fecha 30 de diciembre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 2007.

Dicha aprobación y ratificación dio pase a que se promulgue la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 del 13 de diciembre de 2012, así como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP.

Este cuerpo normativo tiene por finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. De esta manera, se dio inicio a la adaptación de nuestra legislación nacional a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En el caso particular de la capacidad jurídica, tenemos que resaltar lo vertido en el artículo 9 de la mencionada Ley que señala lo siguiente:

“Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.”

En concordancia con ello, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 29973, señala lo siguiente:

“Artículo 8.- Capacidad jurídica de la persona con discapacidad

La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones, conforme a lo establecido en los numerales 9.1 y 9.2 del artículo 9 de la Ley y las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la materia.”

De esta manera, nos alejamos del sistema tradicional que tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, hacia un modelo basado en la dignidad intrínseca de

todas las personas, en el que se basa la Convención, la cual aboga por un modelo de “apoyo” de la voluntad de las personas discapacitadas.⁸⁰

Este marco jurídico que nos plantea la Ley General de la persona con discapacidad y su reglamento, debe ser inspirador para continuar la reforma legislativa respecto al tratamiento jurídico de la discapacidad en el Perú, teniendo en cuenta que la principal trascendencia de la Convención, no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principio de la ONU. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, por ende, ante una simple declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.⁸¹

A propósito de ello, casi seis años después, en el marco de la adaptación de nuestra legislación nacional a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se aprueba el 03 de septiembre de 2018 el Decreto Legislativo N° 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el cual modifica los artículos 3,42, 44, 45, 140, 141, 221, 226, 241, 243, 389, 466, 564, 566, 583, 585, 589, 606, 613, 687, 696, 697, 808, 987, 1252,, 1358, 1994 y 2030 del Código Civil. En esta ocasión, abordaremos el estudio de los artículos correspondientes al Libro Primero del Código Civil peruano dedicado al derecho de las personas.

5. LAS MODIFICACIONES A LOS ARTÍCULOS 3, 42, 43, 44 Y 45 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

➤ Artículo 3

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 3.- Capacidad de goce</p> <p>Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.</p>	<p>Artículo 3.- Capacidad jurídica</p> <p>Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.</p> <p>La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.</p>

Se advierte un cambio acentuado en lo que pretende regular este artículo, el cual inicialmente se encontraba orientado únicamente a la capacidad de goce, que como hemos anotado líneas arriba, es irrelevante su tratamiento, dado que esta capacidad se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, por lo que no tiene sentido que sea regulada por el ordenamiento jurídico.

La reciente modificatoria introduce un aspecto importante de la capacidad jurídica que es la regulación expresa de la capacidad de ejercicio. Lo cual consideramos sumamente importante, dado que se parte de la premisa general de que todas las personas tienen capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos. Por otro lado que, en caso de restricciones, entiéndase a la capacidad de ejercicio, solo puedan ser determinadas por ley.

80 Vivas Tesón, Inmaculada, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos. Hacia la despatrimonialización de la discapacidad*, en: Revista de Derecho UNED, número 7, Madrid, 2010, p. 565.

81 *Ídem*.

Definitivamente, la precisión que incorpora este artículo respecto a las personas con discapacidad, demuestra que nuestra normativa nacional viene asumiendo sistemáticamente que es necesario que su centro gire en torno a la persona y no a solo a su patrimonio. Colocar a la persona en el centro del ordenamiento jurídico, regular de manera acertada su debida protección y su rol en la sociedad. Vemos pues, que nuestra legislación viene adaptándose al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad y la igualdad.⁸²

➤ **Artículo 42**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio</p> <p>Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.</p>	<p>Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena</p> <p>Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.</p> <p>Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.</p>

Con la nueva redacción del artículo 43, se establece la mayoría para adquirir la capacidad de ejercicio, en comparación a la inicialmente contenida en su redacción precedente. Nuevamente se advierte que el artículo incorpora expresamente a las personas con discapacidad haciendo clara mención de su plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones.

Asimismo, se incorpora los términos “ajustes razonables” o “apoyos” para la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, en concordancia con lo vertido en el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley N° 29973 que establece que *“La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.”*

Respecto al primer término “ajustes razonables”, corresponde hacer mención al penúltimo párrafo del artículo 2 de la Convención, el cual concuerda con la definición adoptada en el numeral 3.2. del artículo 3 del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, que prescribe lo siguiente:

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

De esta manera, se parte de la premisa de que existe una obligación del Estado de garantizar la accesibilidad para alcanzar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las

⁸² Vivas-Tesón, Inmaculada, *Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad*, en: Revista *Pensar*, volumen 20, número 3, Fortaleza, 2015, p. 835.

personas con discapacidad; sin embargo, en caso no se logre ello, dada la amplitud de tipos de discapacidad, es necesario proceder con soluciones más concretas e individualizadas en cada caso. He aquí donde adquiere suma importancia la aplicación de los ajustes razonables, los cuales deberán aplicarse en todos los procedimientos en que deban incurrir las personas con discapacidad, con la finalidad de asegurar el efectivo ejercicio de sus derechos.

La citada aplicación de ajustes razonables, debe ser garantizada por el Estado a través de sus diferentes organismos. Asimismo, de ser el caso, se podría llegar a la aplicación de sanciones hacia aquellas instituciones del sector público o privado que, dentro de alguno de sus procedimientos, nieguen tales ajustes o pretendan imponer procedimientos que vulneren el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Es necesario precisar que si estamos frente a un caso donde se deniegue la aplicación de ajustes razonables, será considerado como un acto de discriminación, ello en concordancia con lo establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley N° 29973, que dispone que *“es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables”* (negrita nuestra).

En materia laboral el Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 50 de la Ley General de la Persona con discapacidad, aprobada por Ley N° 29973, precisando los tipos de ajustes a aplicarse en los procesos de selección, estableciendo que *“50.2. Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad”* (negrita nuestra).

De la parte final del numeral arriba señalado, se advierte nuevamente que la aplicación de los ajustes razonables dependerá de cada caso concreto en que se requiera.

Sobre la razonabilidad de los ajustes, la Convención únicamente señala que éstos, *“(…) no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular (…)”*. En ese sentido, no sería posible atribuir una fórmula general para decidir cuándo es proporcional un ajuste y cuándo no, toda vez que ello dependerá de las particularidades y exigencias que se deban aplicar a cada caso concreto, por lo que se deberá tomar en cuenta la equidad y la proporcionalidad.

Dicho límite también lo encontramos regulado en el numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley N° 29973, recientemente modificado mediante Decreto Legislativo 1417, el cual prescribe que *“Los empleadores del sector público y privado están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se aplican en el sector público y en el privado.”*

Por otro lado, tenemos la figura de los “apoyos”, al respecto podemos definirla como “asistencia”, “colaboración”, “acompañamiento”, “refuerzo”, “guía”, “auxilio” (así: “asistente de apoyo”, “colaborador de apoyo”, “acompañante de apoyo”, “refuerzo de apoyo”, “guía de apoyo”, “auxiliar de apoyo”) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica. El término “apoyo” sí es muy adecuado, además de ser el utilizado por la Convención de la ONU, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí solo. Responde, por tanto, a la finalidad la

visión terapéutica o estimuladora, propia del modelo social de la tutela jurídica de este sector de la población⁸³.

De acuerdo a la incorporación realizada con el artículo 659-B, nuestro código Civil define a los apoyos como *“formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.”*

El Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, en cuyo numeral 4.2. define a los “apoyos” como: *“Aquella persona natural que facilita el cobro de la pensión, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas referidas en el numeral 4.1. Dicha persona presta su apoyo en la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo; y la administración del dinero recibido.”*

La modificación del artículo 42 también trae consigo una excepción, respecto a las formas especiales de la capacidad de ejercicio, para los casos de mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o ejerciten la paternidad. Se advierte, por ende, una derogación tácita del artículo 46 del Código Civil, que regulaba estas dos situaciones, entendiéndose que el mencionado artículo quedará vigente únicamente para el caso del mayor de dieciséis años en caso obtenga un título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio. Del mismo modo, al haberse modificado la edad para adquirir la capacidad de ejercicio por matrimonio a catorce años, se entiende modificado el inciso 1 del artículo 241 del mismo cuerpo de leyes.

Vemos pues, que el legislador no advirtió estas modificaciones como consecuencia de la nueva redacción del artículo 42; sin embargo, es importante reconocerlo y oficializarlo expresamente.

➤ **Artículo 43**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 43.- Incapaces absolutos</p> <p>Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3.- Derogado. 	<p>Artículo 43.- Incapacidad absoluta:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Derogado. 3.- Derogado.

El reconocimiento de la subjetividad jurídica implica el reconocimiento de la capacidad jurídica, esto es la posibilidad de ser titular de derechos y deberes.

El actual planteamiento de la protección jurídica de la persona tiende a la eliminación de la expresión *“incapacidad jurídica”*, ello en virtud de lo establecido por el modelo social de la discapacidad dispuesto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, que ya hemos tratado.

⁸³ Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.

En efecto, la situación se refiere a personas que no han cumplido determinada edad, que sufren trastornos mentales o que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable.

En el artículo, se establece que podrán ser considerados como sujetos de capacidad de ejercicio restringida los menores de 18 años, salvo para los actos determinados por el ordenamiento jurídico.

Es correcto referirse a estas personas como aquellos cuya capacidad de ejercicio se encuentra “restringida”, en diversos grados, medida e intensidad, por alguna causa. Esta expresión describe, con mayor apego a la realidad, la situación de los sujetos a que se hace referencia en el artículo 43 del Código Civil.

En la experiencia jurídica comparada se puede encontrar antecedentes en el artículo 21 del Código Civil ruso, así como en el artículo 26 de Código Civil y comercial argentino y en el artículo 5 del Código Civil japonés.

➤ **Artículo 44**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 44.- Incapacidad relativa Son relativamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 	<p>Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Derogado. 3.- Derogado. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

➤ **Disposiciones complementarias aplicables a los numerales 6 y 7 del artículo 44**

<p>Tercera.- Apoyo y salvaguardias para las personas contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil</p> <p>Las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.</p>

Se advierte que la nueva redacción del artículo está orientada a los grados de la capacidad, y se aleja de la antigua concepción que giraba en todo a la incapacidad y sus grados. Se

parte de la noción general que todas las personas son capaces al adquirir la mayoría o a través de las formas especiales.

Se derogan los numerales 2 y 3, referidos a los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Asimismo, se añade el numeral 9, referido a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Cabe señalar que la tercera Disposición Complementaria, regula la figura de apoyos y salvaguardas para los casos contemplados en los numerales 6 y 7 del presente artículo, advirtiendo que frente al modelo jurídico de la "guarda total", en el cual el representante legal sustituye al "incapaz" en todos los actos jurídicamente relevantes, surge el de la "asistencia", en el cual se nombra, por disposición voluntaria o través de una resolución judicial según el caso, un asistente o apoyo que intervendrá en actos precisos.

La norma ha eliminado la incorrecta expresión de "incapaz", impidiendo que sea marginado y permitir que éste se relacione, respetando sus diferencias, dentro de su entorno social. Se han suprimido las clasificaciones específicas de retardados mentales, deterioro mental, mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía.

Este modelo ha sido acogido en el artículo 404 y siguientes del Código Civil italiano, así como en el artículo 226-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña. También en la Ley N 136/83 sobre representación para personas disminuidas de Austria, y en el parágrafo 1896 y siguientes del Código Civil alemán.

➤ **Artículo 45**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
<p>Artículo 45.- Representación legal de los incapaces</p> <p>Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.</p>	<p>Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo</p> <p>Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección</p> <p>Artículo 45- A.- Representantes Legales</p> <p>Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.</p> <p>Artículo 45-B- Designación de apoyos y salvaguardias</p> <p>Pueden designar apoyos y salvaguardias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente. 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán

	<p>contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.</p> <p>3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.</p> <p>4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código</p> <p>Artículo 659–E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez</p> <p>El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.</p> <p>El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.</p> <p>El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.</p>
--	--

El presente artículo trae consigo una modificación trascendental, esto es, elimina la figura de la representación legal en cuanto a las personas con discapacidad, figura que tenía por finalidad sustituir a la persona mal denominada “incapaz”, con el objeto de ejercer sus derechos civiles, esto es, netamente referido a la disposición de su patrimonio. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y

protección, poniendo todo el énfasis en la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados, no sólo en sus bienes.⁸⁴

Con la modificatoria del referido artículo pasamos a una redacción orientada a la elección de los apoyos y aplicación de los ajustes razonables, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cabe señalar que la figura de la representación legal se mantiene vigente para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44, conforme lo señala el añadido artículo 45-A. Las reglas relativas a la patria potestad son materia del Libro III de la Sección Tercera del Libro sobre Derecho de Familia, mientras que aquellas que conciernen a la tutela y la curatela están contenidas en el Título Segundo de la Sección Cuarta del citado Libro.

En el agregado artículo 45-B, nos describe las formas para la designación de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad, señalando la primera en los casos en que las personas con discapacidad puedan manifestar su voluntad, podrán hacerlo judicial o notarialmente, cabe señalar que este procedimiento ha sido agregado en el numeral 13 del artículo 749 de nuestro Código Procesal Civil, tramitándose como un procedimiento no contencioso. Es necesario resaltar que el numeral incorporado solo se refiere al proceso de designación de apoyos, mas no de salvaguardias.

Apreciamos que la solicitud de salvaguardias, viene a ser regulada en el incorporado artículo 841 del Código Procesal Civil, el cual señala que *“Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se tramitan ante el juez competente o notario”*.

Por otro lado, tenemos el segundo caso, cuando se trate de personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, en este caso el artículo agregado nos exige que la designación se realice judicialmente, cabe señalar, dentro del proceso no contencioso, en concordancia con el Código Procesal Civil antes citado. Encontramos razón a esta distinción, en tanto que, judicialmente puede desarrollarse una mayor actividad probatoria, considerando la vulnerabilidad de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad, con la finalidad de que la designación que estos realicen revele realmente sus deseos de elegir a una determinada persona. El artículo 659-E incluye en esta forma de designación judicial, a las personas que se encuentran en estado de coma y no hayan designado un apoyo con anterioridad, lo cual entendemos va por el camino de la actividad probatoria a desarrollarse en el plano judicial, por otro lado que, el referido artículo confiere ciertas obligaciones a los jueces con la finalidad de salvaguardar la correcta designación del apoyo.

Finalmente, el artículo 45-B señala que aquellas personas que se encuentren en estado de coma, pero que hayan designado previamente un apoyo lo mantendrán, ello dado que el apoyo previamente designado ha venido desarrollando dicha función con la persona, ahora en estado de coma, durante su discapacidad, conociendo de sus cuidados entre otras necesidades.

6. CONCLUSIONES

- El ser humano es el único ente dotado de capacidad, idoneidad o aptitud para, en cuanto ser libre, ejercer su libertad y, en consecuencia, ser titular de derechos.
- La capacidad, aptitud o idoneidad del ser humano para ejercer la libertad que es, no es cualidad agregada a su naturaleza, no es concesión de ningún ordenamiento jurídico, ni tampoco un atributo que recibe del mundo externo, sino pertenece a la mismidad ontológica de su ser, siendo el concepto de capacidad una unidad, pero que cuenta con dos fases.
- La capacidad jurídica genérica o de goce es inherente al ser humano en cuanto ser libre. Ésta es la potencialidad inherente a la libertad en tanto *ser* del ser humano.

⁸⁴ Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.

Por el contrario, la capacidad de ejercicio o de obrar es la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación en el mundo exterior, por lo que permite limitarla, restringirla en determinada medida por el ordenamiento jurídico positivo.

- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Naciones Unidas ha ofrecido una tutela jurídica plena, planteando un modelo social de protección a las personas con capacidad de ejercicio limitada.
- Las modificaciones realizadas a nuestro código civil son producto de la adaptación de la normativa nacional, en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano.
- A pesar de sus vacíos, el Decreto Legislativo N° 1384 representa una muestra de la humanización de la ciencia jurídica, en tutela de los sujetos que merecen una mayor atención de la juridicidad.
- Se ha creado la figura del “apoyo” para la persona con capacidad de ejercicio limitada, cuya inspiración se encuentra en la “*amministrazione di sostegno*” de la experiencia italiana.
- Se debe continuar con la adaptación de la normativa nacional, con la finalidad de garantizar la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con dificultades en efectivizar su capacidad de ejercicio.

7. BIBLIOGRAFÍA

Agurto González, Carlos Antonio, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sexta edizione, Cedam, Padua, 2009.

Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950.

Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile I: La norma giuridica – I soggetti*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.

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

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

Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925.

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

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

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

Clavero, Bartolomé, *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016.

Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013.

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

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

民法 Código Civil Japonés, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barbarán y Rafael Domingo, con la colaboración de Nobuo Hayashi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947.

Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944.

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

De Ángel Yágüez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3º ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.

Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.

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

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

Fernández Sessarego, Carlos *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

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

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

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

Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006

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

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

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

¹Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.

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

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

Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, diciassettesima edizione, con 7 tavole di diritto comparato, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017.

Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, cuarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006.

Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, segunda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003.

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

Grossi, Paolo, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

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

Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindecima edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010.

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

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

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

Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946.

Margadants S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge .S.A, México D.F., 1979.

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

Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: *Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos*, Ara editores, Lima, 2009.

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

Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011.

Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2016.

Pazos Hayashida, Javier, *La capacidad de la persona jurídica, apuntes indiciarios*, en: Revista Ius Et Veritas, número 31, Lima, 2005.

Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961.

Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione di Guido Alpa e Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010

Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edición, tercera ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997.

Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.

Serafini, Filippo, *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I: *Introducción – Teoría General – Derechos Reales*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de Juan de Dios Trías, Barcelona, 1915.

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

Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, quarantesima ottava edición, a cura di Giuseppe Trabucchi, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017.

Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Vivas-Tesón, Inmaculada, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos. Hacia la despatrimonialización de la discapacidad*, en: Revista de Derecho UNED, número 7, Madrid, 2010.

Vivas-Tesón, Inmaculada, *Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad*, en: Revista *Pensar*, volumen 20, número 3, Fortaleza, 2015.

Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.