

La Capacidad en el Proceso Civil

Giovanni F. Priori Posada*

El análisis minucioso y pormenorizado de las instituciones jurídicas procesales se constituye como una labor contundente, más aún, si acompañando a este ejercicio, se adjunta iniciativas propositivas que contribuyan a ampliar el debate y el discurso de la disciplina procesal. En el artículo que presentamos a continuación, autoría del renombrado especialista Giovanni Priori, el texto adquiere carácter particular; aborda a la "capacidad" como institución transversal al proceso, los elementos constitutivos de la misma, el lugar que ocupa en la esfera jurídica del nasciturus, la persona natural y jurídica. Sin duda alguna, un texto esencial para aquellos que se inician en los complejos constructos de la ciencia jurídica procesal.

I. Palabras preliminares

Dentro de los diversos temas por elegir tratar en una revista dedicada al homenaje del profesor y amigo Juan Luis Avendaño Valdez, he decidido dedicarle uno vinculado al curso cuya cátedra comparto con él desde hace doce años en la Pontificia Universidad Católica del Perú: derecho procesal civil. Creo de este modo cumplir algo que siempre me exigiera Juan Luis, darles a nuestros estudiantes un material que pueda ser usado en nuestro curso.

Por ello, he decidido esta vez darle a Juan Luis mi homenaje, con un texto para compartirlo con él, sometiéndolo a sus sinceras y agudas críticas, pero además, con nuestros alumnos del curso de procesal civil, en el beneficio de quienes, en estos más de doce años, venimos trabajando juntos.

II. Introducción

El paradigma del Estado constitucional en el ámbito del derecho procesal supone que el estudio de las instituciones procesales se realice sin desatender las exigencias de los derechos y principios constitucionales vinculados a ellas. Sin abandonar jamás la dogmática -que proporciona los elementos conceptuales de nuestra disciplina- ni la sistemática -que nos permite mirar más allá de las instituciones analizadas, integrándolas dentro de la gran disciplina-; el paradigma del Estado constitucional nos exige a los académicos una revisión de los conceptos y las instituciones desde los valores constitucionales, a fin de dar las herramientas que permitan su promoción y verdadera realización.

Por ello, más allá de lo que el legislador haya dispuesto, quienes nos aproximamos al estudio de una institución procesal, tenemos el deber de establecer el modo en que ella permite o no la realización de los valores constitucionales vinculados.

En esta oportunidad he decidido abordar el tema de la capacidad en el derecho procesal -un tema clásico, tradicional, uno de esos primeros temas que uno aborda en los cursos de derecho procesal- desde el paradigma del Estado constitucional.

III. La capacidad como instituto de la Teoría General del Derecho

Cuando en el ámbito del derecho civil o en el del derecho procesal (que son las disciplinas jurídicas que más se han ocupado del tema) se estudia el tema de la capacidad, se desarrolla inmediatamente una distinción: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio (en el ámbito del derecho civil); o la de capacidad para ser parte y la capacidad procesal (en el ámbito del derecho procesal). Esta aproximación a la institución a partir de una distinción me parece metodológicamente incorrecta, pues es preciso hacer primero una referencia a la institución en general, para pasar luego a hacer la distinción. Intentaré hacerlo a continuación.

La noción de *capacidad* no es privativa del derecho procesal. Es una institución común a todas las ramas del derecho, pero además, es el presupuesto básico para la aplicación de la mayoría de sus instituciones jurídicas. Es que la noción de *capacidad* nos deriva necesariamente a la noción de *sujeto de derecho* (subjetividad jurídica),

* Magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori, Carrillo & Cáceres.

entendido este como un centro de imputación de situaciones jurídicas o, como diría Carnelutti, un “centro de referencia de relaciones jurídicas”¹.

En efecto, la capacidad es la institución jurídica que permite establecer qué condiciones requieren presentarse para que un sujeto de derecho pueda ser un centro de imputación de situaciones jurídicas y qué otras condiciones deben presentarse para que siendo un centro de imputación jurídica, las situaciones jurídicas puedan ser actuadas válidamente. Dicho de otro modo, la capacidad nos permite determinar la aptitud para que al sujeto de derecho pueda imputársele situaciones jurídicas, y las condiciones que deben presentarse a fin de determinar la validez de su actuación jurídica.

“La noción de capacidad no es privativa del derecho procesal. Es una institución común a todas las ramas del derecho, pero además, es el presupuesto básico para la aplicación de la mayoría de sus instituciones jurídicas.”

Es por ello que ser un centro de imputación jurídica no es suficiente para proceder a imputar situaciones jurídicas, ni mucho menos para poder actuarlas válidamente; para todo ello, se hace preciso, además, tener capacidad.

A pesar de su estrecha vinculación, las nociones de *capacidad* y *subjetividad* no deben confundirse. “La capacidad jurídica es por lo tanto la *medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre* o, en otras palabras, la medida de su participación en el ordenamiento jurídico”². En ese sentido, a fin de establecer las diferencias entre *subjetividad* y *capacidad* se ha dicho que el problema de la *subjetividad* se reduce sencillamente a saber si se es sujeto de derecho o no, pero la capacidad jurídica “es por su naturaleza un *quantum*, medible en grados”³.

Establecida la noción desde una perspectiva general, es necesario que me detenga en una distinción adoptada generalmente en el derecho civil que puede terminar incidiendo en una incorrecta concepción acerca de la capacidad en el proceso.

Tradicionalmente, la doctrina civil latinoamericana, al tratar el tema de la capacidad distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio siguiendo a la doctrina clásica francesa sobre este punto. En ese sentido, se considera a la capacidad de goce como una atribución para ser titular de derechos; mientras que se define a la capacidad de ejercicio como la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene capacidad de goce.

Compartimos la autorizada crítica que hace el profesor Angelo Falzea a esta distinción⁴, en el sentido que desde una perspectiva más general que no tenga como punto de referencia solo a al derecho subjetivo, sino a todas las demás situaciones jurídicas de ventaja, lo propio sería hablar de *capacidad jurídica* y de *capacidad de actuar*, puesto que la capacidad no hace referencia solo a la aptitud de ser titular de derechos, sino de situaciones jurídicas en general, así como de actuarlas válidamente.

IV. La capacidad como presupuesto procesal relativo a la parte en el proceso

La polémica que surgió en Alemania a mediados del siglo XIX en torno a la *actio*⁵ abrió un importante espacio para estudiar el derecho procesal, dentro del cual se estableció con claridad que el proceso es una relación jurídica de derecho público, en la medida que “determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal”⁶.

Al establecer que el proceso es una relación jurídica procesal, se presenta la necesidad de determinar los presupuestos necesarios para su validez. A estos presupuestos, Oskar con Bullow los denominó *presupuestos procesales*⁷. En la actualidad la noción de *relación jurídica procesal* ha comenzado a ser criticada señalándose que surge en un momento en el que se quiere dar *cientificidad* al derecho procesal, diciéndose ahora que esa noción ya no responde a las exigencias del proceso dentro del Estado constitucional⁸. Dejando de lado esa interesante crítica, aún no debatida lo suficiente en la doctrina, lo cierto es que dentro de los presupuestos procesales se ubica la capacidad, como un presupuesto relativo a quienes tienen la calidad de parte en el proceso. Mientras la competencia es un presupuesto que atañe al Juez, la capacidad atañe a las partes. Siendo Juez y partes sujetos de la relación procesal, los presupuestos concernientes a cada uno

1 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Edizione Scientifiche Italiane: Roma, 1951, pp. 112. Véase también: BIGLIAZI GERI, Lima; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y Natoli, Ugo. *Diritto Civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*. UTET: Torino, 1997. Volumen 1, pp. 77.

2 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Edizione Scientifiche Italiane: Roma, 1951, pp. 120. Ver también: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Volumen 1: *norme giuridiche – i soggetti*. Giuffrè: Milán, 1990, pp. 131 (traducción libre).

3 BIGLIAZI GERI, Lima; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y Natoli, Ugo. *Diritto Civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*. UTET: Torino, 1997. Volumen 1, pp. 102.

4 Traducción libre: “en la base de este modo –por lo demás anticuado– de concebir los fenómenos de la capacidad (...) existe un fondo de verdad, en cuanto la capacidad jurídica, como se ha visto, concierne al sujeto como portador de intereses, es decir, el sujeto del disfrute, mientras que la capacidad de actuar es propia del sujeto que desarrolla hacia el exterior, con obras y comportamientos, la propia personalidad y que en consecuencia, por lo demás, ejercita los propios derechos (...) Pero a parte de la necesidad de una más precisa y técnica definición de las dos figuras de capacidad, no es difícil constatar, cómo las dos dicotomías –capacidad jurídica y capacidad de obrar, de un lado, y goce del derecho y ejercicio del derecho, del otro– no son necesariamente coincidentes. La capacidad de actuar puede, en consecuencia, desarrollarse, en un ámbito diverso a aquel del ejercicio de los derechos: así la capacidad de obligarse, la capacidad penal (...). Bajo una perspectiva teórica más general se debe pues considerar que el derecho subjetivo, del mismo modo que las demás posiciones jurídicas subjetivas, no asume ninguna relevancia en el concepto de la capacidad de actuar, cuyos presupuestos son de mero hecho –principalmente la capacidad de entender y de querer. Ella concierne solo a la idoneidad de realizar una actividad jurídicamente calificable, independientemente de la fuente de legitimación de tal actividad.” FALZEA, Angelo. *Voz: “Capacità (Teoria generale)”*. En: *Enciclopedia del diritto*. Pag. 8-47. Giuffrè: Milano, 1987.

5 Nos referimos a la polémica que sobre el derecho de acción tuvieron Windscheid y Múther entre 1856 y 1857.

6 VON BULLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Ara: Lima, 2008, pp. 23. Esta es la primera edición peruana de la famosa obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Emil Roth, Giesen, 1868.

7 VON BULLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Ara: Lima, 2008, pp. 26.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. En: CORDOVA SCHAEFER, Jesús (editor). *El proceso civil: problemas fundamentales del proceso*. Ediciones Caballero Bustamante: Lima, 2011, pp. 97 y ss.

de ellos, es decir, los elementos que determinan su actuación válida en un proceso, son distintos.

La pregunta que corresponde formularse ahora es: *¿quién es parte en el proceso?* Parte es todo aquel que formula una pretensión en el proceso o contra quien se formula dicha pretensión⁹. Esta noción generalmente aceptada requiere de una precisión adicional, para ser parte se requiere que la pretensión haya sido planteada en nombre propio¹⁰. En los casos en los que la pretensión haya sido planteada en nombre de otro, la condición de parte le corresponderá a aquel en cuyo nombre se ha actuado. Estas precisiones excluyen la situación del representante como parte procesal.

Poco importa en la determinación del concepto de parte si quien está demandando realmente es el titular del derecho por cuya protección demanda, o si tiene o no la razón¹¹. Lo trascendente es determinar si es que está en el proceso formulando una pretensión, o si se está formulando contra él. Por ello se señala que la consideración de quién es parte hay que buscarla en el proceso mismo, y no hay que acudir fuera de él para establecerla¹².

En oposición a la calidad de parte, está la del tercero. El tercero no integra ni forma parte de la relación procesal. Es posible que una persona siendo parte del proceso, salga (por haber perdido legitimidad para obrar, por ejemplo), en cuyo caso perderá la condición de parte y se convertirá en tercero. Pero también es posible que el tercero ingrese a la relación procesal, y se encuentre respecto de la pretensión en una posición activa o pasiva¹³, sea porque se incorpora como sujeto que la exige o contra la que se exige, en cuyo caso se convierte en parte. Lamentablemente nuestro Código Procesal Civil no ha tenido muy claros estos conceptos, y en más de una norma se refiere al tercero que se ha integrado a la relación procesal como *tercero legitimado*¹⁴, en vez de considerarlo como lo que es: una parte.

V. La capacidad en el derecho procesal

V.1. Elementos constitucionales necesarios para establecer su noción

El estudio de la capacidad en el derecho procesal no puede ser realizado únicamente desde una perspectiva dogmática, reconociéndola solo como uno de los

presupuestos procesales y, como tal, requisito de validez de la relación procesal. Su trascendencia al interior del proceso es mayor, en tanto que es la institución vinculada al presupuesto base para el reconocimiento de todas las situaciones jurídicas procesales, dentro de las cuales están, claramente las garantías que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

De este modo, la determinación de quién tiene capacidad supone establecer a quién se le pueden imputar las situaciones jurídicas procesales y quiénes pueden ejercerlas válidamente al interior de un proceso. El no reconocimiento de la capacidad a alguien determina como inmediata consecuencia desconocer que pueda ser titular de situaciones jurídicas procesales, dentro de las cuales está el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, o que siéndolo, no pueda por sí mismo ejercer alguno de los derechos que lo integran.

Por ello, el análisis de la capacidad debe partir del marco constitucional establecido en el artículo 1 de la Constitución, conforme a la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado¹⁵, y luego pasar por lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución que sanciona como un principio y derecho de la potestad jurisdiccional, la tutela jurisdiccional efectiva¹⁶. Un aspecto que también resulta fundamental en la configuración de la capacidad en el proceso es el principio de igualdad reconocido también en nuestra Constitución¹⁷, que en su expresión procesal es entendido como aquel principio conforme al cual corresponde a las partes en el proceso "en la misma forma y bajo iguales presupuestos, los mismos derechos procesales (...)"¹⁸.

V.2. La noción

La tutela jurisdiccional efectiva supone el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales a solicitar la protección de las situaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico, a través de un proceso dotado de mínimas garantías, al final del cual se dicte una sentencia eficaz para la protección solicitada.

Un punto central en esta noción es que *ahí donde exista una situación jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico, existirá el derecho fundamental a acceder a los*

9 Es muy conocida la definición que de *parte* hace Chiovenda: "Es parte quien demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de la ley, y aquel frente a quien esa actuación es demandada". Traducción libre de: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 579.

10 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJE: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 211.

11 LEIBL, Stefan. *Proceso civil alemán*. Díké: Medellín, 1999, pp. 83.

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 579.

13 El único caso en el que el tercero que ingresa al proceso no se encuentra en esa posición activa o pasiva respecto de la pretensión, es la del tercero coadyuvante, quien solo interviene al proceso para ayudar a una de las partes. Es por ello que la doctrina discute tanto sobre si el coadyuvante debe o no ser parte en el proceso.

14 A modo de ejemplo, citamos el texto de los artículos 89 y 364 del Código Procesal Civil:

"Artículo 89.- La acumulación subjetiva de pretensiones originaria se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.

La acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones; o (...)."

"Artículo 364.- El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente".

15 Artículo 1 de la Constitución Política del Perú.- "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

16 Artículo 139 de la Constitución Política del Perú.- "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)"

17 "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...)"

18 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJE: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 219. En el mismo sentido: DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997, pp. 311.

órganos jurisdiccionales en busca de su protección eficaz¹⁹. A partir de ahí se deduce la necesidad de establecer entonces *quiénes tienen la aptitud genérica* (no la específica) *de acceder y estar en el proceso, y quiénes pueden actuar en él*. Estas preguntas nos llevan al tema de la *capacidad en el derecho procesal*.

Lo primero a determinar será entonces *quiénes están en condiciones para poder ser parte en un proceso*, a eso es lo que se le ha venido a llamar *capacidad para ser parte*. Pero luego tendremos que preguntarnos *quiénes pueden actuar por sí mismos en un proceso*, y esa pregunta nos lleva al tema de la *capacidad procesal*.

Ninguna aproximación a la capacidad en el derecho procesal –como hemos venido diciendo– debe dejar de lado el hecho que cualquier visión restrictiva de esta institución puede llevarnos a afectar la base misma del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o la igualdad e incluso la propia dignidad de la persona humana. Establecer que determinado ente, grupo u organización no está en la aptitud de estar en un proceso, supone inmediatamente cerrar cualquier posibilidad de tutelar los derechos por los que se busca acceder al proceso. Restringir a quienes ostentan esa aptitud la posibilidad de actuar por ellos mismos, supone someterlos a la dependencia de un tercero en la vital búsqueda de la protección de los derechos por la que reclaman.

Esas exigencias constitucionales y la trascendente necesidad de permitir la tutela jurisdiccional efectiva de todas las situaciones jurídicas, determina que en el derecho procesal *la capacidad* deba ser estudiada con la mayor amplitud, concediéndosela a quienes las demás ramas del derecho se las niega o no se las reconoce aún²⁰.

V.3. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal

V.3.1. La capacidad para ser parte

a) Noción

Es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales, es decir, permite establecer a quién se le pueden imputar los derechos, deberes, cargas y obligaciones nacidas del proceso. A través de ella,

podemos determinar quién puede ser demandante o demandado, en cualquier proceso²¹.

De este modo, la capacidad para ser parte es semejante –es decir no idéntica– a la capacidad jurídica en el derecho civil, razón por la cual se ha dicho que también podría designarsele como *capacidad jurídica procesal*²².

Este es un interesante tema que plantea la doctrina: ¿Es idéntica la *capacidad jurídica civil* a la *capacidad jurídica procesal*? Hay autores que sostienen que sí²³. Otro sector de la doctrina señala, en cambio, que por regla general existe una correspondencia entre la capacidad jurídica y la capacidad para ser parte, salvo en los casos en los que se permite actuar en el proceso a los *patrimonios autónomos* u otras entidades que no tienen personalidad jurídica²⁴. Es por ello que Proto Pisani sostiene que la capacidad para ser parte es más amplia que la capacidad jurídica²⁵.

La explicación de por qué la capacidad para ser parte es más amplia que la capacidad jurídica es dada por Gimeno Sendra, señalando que, de un lado, "(...) dicha capacidad para ser parte, lo que otorga a esos sujetos de derecho es el ejercicio de los derechos fundamentales de acción o a la tutela judicial efectiva y de la defensa, y de otro, a que el propio art. 24.1. prohíbe todo género de indefensión material, la capacidad para ser parte ha de ser más amplia, permitiendo el libre acceso, no solo a toda persona física o jurídica legalmente constituida, sino también a los patrimonios autónomos, organizaciones de personas y entes jurídicos que, aunque, no tengan plena capacidad jurídica, se vean obligados a impetrar, a través del proceso, el auxilio de los Tribunales o puedan sufrir los efectos de una sentencia"²⁶.

De este modo, entonces, esta vinculación de la capacidad a la imputación de los derechos fundamentales que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es lo que determina la ampliación de la consideración de quiénes ostentan la capacidad para ser parte, respecto de aquellos que ostentan la capacidad jurídica.

En este punto es importante mencionar que cuando nuestro Código Procesal Civil hace referencia a esta institución se refiere a ella, como *capacidad para ser parte material en un proceso*²⁷. Esta es una incorrecta forma de referirse a la institución que tratamos, en la medida que

19 Ello ha quedado enunciado, aunque no con idéntica fórmula por el Tribunal Constitucional español. Ver: CHAMORRO BERNAL, Francisco. "El artículo 24 de la Constitución". *Iura*: Barcelona, 2005, pp. 40.

20 En este punto hacemos nuestra la siguiente reflexión de la doctrina: "(...) si unos y otros conceptos sirven para cumplir esas similares funciones, lo cierto es que los de índole procesal son mucho más amplios que los sustantivos. La razón hay que encontrarla en el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva y en la función garantista del derecho procesal, pues estos conceptos de capacidad en definitiva están determinando el ámbito, subjetivo en este caso, de dicho derecho fundamental y limitando la posibilidad de defender jurisdiccionalmente los derechos que el ordenamiento conceda. Es decir, estos conceptos son usados como instrumentos para facilitar la mejor defensa de los derechos (...)" ALVAREZ ALARCON, Arturo, PEREZ-CRUZ MARIN, Agustín, RODRIGUEZ TIRADO, Ana y SEOANE SPEIGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Civil*. Andavaria: Santiago de Compostela, 2011, pp. 82.

21 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJEA: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 230.

22 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJEA: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 230 - 231.

23 Véase: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 583; CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. EJEA: Buenos Aires, 1962. Tomo II, pp. 361; ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1963. Tomo II, pp. 138; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Temis: Bogotá, 2000, pp. 325; VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis: Bogotá, 1999. Segunda edición, pp. 162; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale: principi*. Giuffrè, 1992, pp. 82; MATHEUS, Carlos. "Los sujetos del proceso". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. 2, 1998, pp. 563; ALVAREZ ALARCON, Arturo, PEREZ-CRUZ MARIN, Agustín, RODRIGUEZ TIRADO, Ana y SEOANE SPEIGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Civil*. Andavaria: Santiago de Compostela, 2011, pp. 82.

24 DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997, pp. 351.

25 PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Jovene: Nápoles, 2006, pp. 306. En el mismo sentido: LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Díké: Medellín, 1999, pp. 83; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio y GOMES, Fabio Luis. *Teoría general do processo civil*. *Revista dos Tribunais*: San Pablo, 2006, pp. 143; FILHO, Vicente Freco. *Direito processal civil brasileiro*. Saravia: San Pablo, 2000. Volumen I, pp. 100; GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil*. Colex: Madrid, 2004, pp. 101.

26 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil*. Colex: Madrid, 2004, pp. 101.

27 "Artículo 57.- Capacidad para ser parte material en un proceso.- Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso".

parte material, es la parte de la *relación jurídica material* sobre la que se debate en un proceso, y *la capacidad para ser parte material*, solo puede estar regulada por las *normas materiales*. Las normas procesales solo regulan la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales, y por ello, solo podría regular *la capacidad para ser parte en un proceso*.

La ausencia de capacidad para ser parte es tan grave que genera la nulidad de toda la actividad procesal que haya sido realizada. Esta es una nulidad absoluta, debido a que la capacidad para ser parte “es una circunstancia esencial fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto produzca sus efectos normales”²⁸, por lo que su ausencia debe ser decretada incluso de oficio por el Juez.

b) ¿Quiénes tienen capacidad para ser parte en el Perú?

En atención al carácter más amplio que, como hemos visto, tiene la capacidad para ser parte, es necesario partir del hecho de que todos aquellos que tienen capacidad jurídica, tienen capacidad para ser parte, pero no solo ellos. Hay otros entes u organizaciones que tienen capacidad para ser parte.

Ahora bien, veamos qué es lo que dice nuestro Código Procesal Civil. En su artículo 57 señala que tienen capacidad para ser parte: “Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo.”

Si hacemos una lectura meramente literal de la norma antes referida, vemos que habría graves omisiones, como la del *nasciturus* y la de las organizaciones no inscritas, en cambio hay una interesante inclusión, que es la de los patrimonios autónomos. Más allá de lo señalado en la norma antes citada del Código Procesal Civil, analicemos cada uno de los sujetos que conforme al ordenamiento jurídico peruano tendrían que tener la aptitud para ser parte.

a.1. Nasciturus

El fundamento de considerar que el *nasciturus* o concebido tiene capacidad para ser parte en el proceso está en el propio artículo 2.1. de la Constitución que dispone con claridad que: “El concebido es sujeto de

derecho en todo cuanto le favorece”. Siendo sujeto de derechos, el concebido tiene capacidad desde el momento mismo de la concepción, tiene una capacidad actual, de forma tal que los derechos que adquiere de manera inmediata desde el momento en que es concebido se hayan supeditados a una condición resolutoria, cual es, aquella que nazca vivo.²⁹

“Si hacemos una lectura meramente literal de la norma (artículo 57 del Código Procesal Civil), vemos que habría graves omisiones, como la del *nasciturus* y la de las organizaciones no inscritas.”

Si es sujeto de derecho es claro que es titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y por ende, tiene capacidad para ser parte. Negársela, supondría negarle la posibilidad de poder ser parte en un proceso para poder reclamar la efectiva protección jurisdiccional de aquello que *le favorece*. Es por ello que más allá del olvido de nuestro legislador del Código Procesal Civil, es claro que resulta ser un imperativo constitucional reconocerle la capacidad de ser parte en un proceso al concebido.

a.2. Persona natural

La Constitución no deja margen a ninguna duda sobre la capacidad para ser parte de las personas naturales, cuando en su artículo 1 señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por ello, desde su nacimiento³⁰ hasta su muerte³¹, las personas naturales tienen capacidad para ser parte.

a.3. Persona jurídica

La persona jurídica es un sujeto de derecho autónomo y distinto a los miembros que la conforman³². Debido a ello, tienen la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas materiales, y por ende, el derecho de exigir la protección jurisdiccional de esas situaciones jurídicas. Es por ello que no se duda sobre la capacidad para ser parte de las personas jurídicas.

28 SERRA DOMINGUEZ, Manuel. “Nulidad procesal”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. 2, 1998, pp. 563.

29 La posición que enunciamos sin embargo no es pacífica en la doctrina, debido a que el artículo 1 del Código Civil del Perú tiene, a nuestro parecer, una redacción que no favorece una fácil interpretación de la verdadera intención del legislador. En efecto, la referida norma establece “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. Esta última parte del artículo podría llevar a interpretar que la atribución de los derechos patrimoniales al concebido se halla bajo la condición suspensiva de que nazca vivo, al igual que la teoría de la ficción. Esta interpretación tiene a su favor varios argumentos bastante razonables, entre los que se encontraría el solo hecho que su inclusión hace pensar que el legislador no quiso atribuir de forma actual, los derechos patrimoniales al concebido. Sin embargo, a nuestro parecer, el solo hecho de reconocer el Código Civil del Perú de 1984, al concebido como ser humano hace que la atribución de derechos, patrimoniales o no, sea actual; y en consecuencia, debe entenderse que la última parte del artículo 1 de dicho Código es una condición resolutoria, y no una condición suspensiva. Nos parece que interpretar dicha norma como una condición resolutoria va más de acorde con la tutela efectiva que se le desea brindar al concebido, además de ofrecer elementos de mayor efectividad. De esta forma, siendo el concebido titular actual de los derechos, sus representantes podrán realizar los negocios jurídicos necesarios para la conservación, protección y aseguración de sus intereses.

Para una lectura de las dos tesis acerca de la interpretación de esta segunda parte del artículo recomendamos la lectura de las dos voces más autorizadas en la materia de Derecho de las Personas en el Perú: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil Peruano*. Segunda edición. Studium: Lima, 1987, pp. 29-30; y RUBIO CORREA, Marcial. “El ser humano como persona natural”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XII. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 1995, pp. 16-19.

30 Artículo 1 del Código Civil.- “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento (...)”.

31 Artículo 61 del Código Civil.- “La muerte pone fin a la persona”.

32 Artículo 78 del Código Civil.- “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”.

Cabe señalar en ese sentido que ello supone incluso que existe la posibilidad de ser titulares de derechos fundamentales³³, dentro de los que se encuentra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido de modo expreso que los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva son reconocidos a todas las personas jurídicas³⁴.

a.4. El Estado

El Estado tiene su origen en la propia Constitución³⁵, la que no solo le da existencia, sino que, además, lo hace titular de una serie de funciones y atribuciones, para poder realizar los fines constitucionalmente asignados.

A consecuencia de dicho ejercicio puede tener que acudir al proceso, sea para poder hacer valer algunas atribuciones asignadas legalmente (piénsese en el proceso de lesividad, por ejemplo), o en la mayoría de las veces para ser el sujeto pasivo del control jurisdiccional de legalidad o constitucionalidad (piénsese en el proceso contencioso administrativo o en el proceso de amparo, solo por citar unos ejemplos).

Es por ello que al Estado le corresponde la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas procesales. Esta aptitud genera una situación muy particular en el caso del Estado, que desafía a la propia teoría constitucional. La noción de derechos fundamentales, normalmente ha sido concebida como propia de los seres humanos, y por extensión de las personas jurídicas, pero se ha negado extensivamente que el Estado sea capaz de ser titular de derechos fundamentales. Pero esa negación dogmática y generalizada cede cuando nos encontramos frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El principio de igualdad procesal, determina que, cuando el Estado tenga la calidad de parte, goce de absolutamente todos los derechos que integran el contenido del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva³⁶, pudiendo incluso acudir al amparo en aquellos casos en los que este derecho haya sido violado o esté siendo amenazado.

a.5. Los órganos constitucionales autónomos

Fuera de la capacidad que le corresponde al Estado existen algunos órganos estatales previstos en la Constitución que gozan de autonomía, autonomía que surge del propio texto constitucional, como el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Banco Central de Reserva y el Jurado Nacional de Elecciones. Ellos también tienen capacidad para ser parte por las mismas razones que he señalado para referirme a la capacidad del Estado.

a.6. El patrimonio autónomo

El patrimonio autónomo es una institución que surge en la jurisprudencia alemana de fines del siglo XIX, a fin de reconocerle capacidad de ser parte en el proceso a quienes no tienen capacidad jurídica. La creación alemana comienza a ser estudiada con interés en Italia³⁷, al punto que Chiovenda³⁸ le dedica en sus *Principios de Derecho Procesal Civil*, un interesante apartado donde da cuenta de las diversas posiciones que se debatían en ese entonces en Alemania, sobre la naturaleza del patrimonio autónomo. Señala que para ese entonces, en Alemania, existían tres posiciones: aquellos que consideraban a los patrimonios autónomos como verdaderas personas jurídicas; aquellos que los consideraban como personas jurídicas pero solo en el proceso y aquellos que sostenían que su reconocimiento era solo formal, en la medida que sus componentes eran auténticos litisconsortes. La tesis que fue ganando aceptación fue aquella que le reconocía una subjetividad especial, pero solo para aspectos procesales. En ese sentido, Chiovenda define al patrimonio autónomo como: “una masa patrimonial perteneciente a un determinado sujeto jurídico, que no constituye una persona jurídica; pero que se sustrae del patrimonio de ese sujeto, para ser confiada a un administrador que actúa en nombre de esa masa; lo que permite que el patrimonio autónomo se comporte en el comercio jurídico como un ente independiente, de manera análoga a una persona”³⁹. Es por ello que se le reconoce a esa masa patrimonial la posibilidad de estar en el proceso para la defensa de las situaciones jurídicas nacidas de esos actos de comercio.

33 Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia. Solo como ejemplo citamos lo siguiente: “Con respecto a lo segundo, este Colegiado considera que el no reconocimiento expreso de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas no significa tampoco y en modo alguno negar dicha posibilidad, pues la sola existencia de un Estado democrático de derecho supone dotar de garantías a las instituciones públicas por él reconocidas. Por otra parte, porque quienes integran las personas jurídicas retienen para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, no siendo posible que dicho estatus, en esencia natural, se vea minimizado o, peor aún, desconocido, cuando se forma parte de una persona jurídica o moral. En tales circunstancias, queda claro que sin perjuicio de los atributos expresos que acompañan a cada persona individual que decide organizarse, puede hablarse de un derecho no enumerado al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas, sustentado en los citados principios del Estado democrático de derecho y correlativamente de la dignidad de la persona”. STC 4792-2006-PA/TC, fundamento jurídico 11.

34 “En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: (...)

x).- El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)”. STC 4792-2006-PA/TC, fundamento jurídico 14.

35 “Artículo 43 de la Constitución.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

36 Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional: “Es de inferirse, entonces, que la relación Estado-Sociedad ha variado sobremanera desde la configuración del Estado en el siglo XIX a la actualidad. De una visión que proponía una división tajante entre ambos, se ha derivado a una relación más similar a la integración de uno y otra. Ello implicó un cambio en la organización estatal que devino en la creación de diversas entidades públicas encargadas de cumplir con las obligaciones propias de la administración y prestación de servicios. Dichas entidades, a fin de cumplir con sus funciones debían –en muchos casos– acudir al órgano jurisdiccional. A manera de ejemplo podría hacerse referencia a la Defensoría del Pueblo y a la SUNAT; aquella se encuentra facultada para interponer demandas de amparo en virtud al artículo 40 *in fine* del Código Procesal Constitucional, mientras que ésta puede cuestionar vía el contencioso-administrativo las decisiones adversas emitidas por el Tribunal Fiscal, siempre que cumpla con lo establecido por el artículo 157 del Código Tributario. En tales supuestos, resulta evidente que el órgano jurisdiccional también tendrá que respetar los principios y derechos contenidos en el artículo 139 (entre ellos el numeral 3) dela Constitución, no solo por ser normas objetivas, sino también porque deben comprenderse como derechos fundamentales de las partes titulares del proceso”. STC 1407-2007-PA/TC, fundamento jurídico 9.

37 Chiovenda da cuenta de un interesante artículo publicado en 1906 de Barsotti, denominado “La capacità processuale delle associazioni prive de personalità giuridica nella Cassazione di Firenze”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 586.

38 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 586 – 588.

39 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 587.

El artículo 65 del Código Procesal Civil⁴⁰ regula de modo expreso lo que se entiende por *patrimonio autónomo*, definiéndolo de la siguiente manera: “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica”.

De este modo el *patrimonio autónomo* es un centro de imputación jurídica procesal, sin perjuicio que no sea un centro de imputación jurídica material. Lo trascendente es que un grupo de personas tengan un interés común respecto de un bien, o un conjunto de bienes. El ser un centro de imputación jurídica procesal determina que sea un *sujeto de derecho procesal*, por más que en su base exista una pluralidad de personas. Es por ello que consideramos un error (más allá de la confusión que existe entre representante y parte en el artículo 65 del Código Procesal Civil⁴¹), referirse a la aplicación del artículo 93 del Código Procesal Civil, que regula el instituto del litisconsorcio necesario, en la medida que el instituto del litisconsorcio solo es aplicable en los casos en los que existen varias personas, no cuando existe un centro de imputación jurídica. Hablar de *patrimonio autónomo*, supone excluir la posibilidad de hablar de un conjunto de personas que concurren en una misma calidad de parte en el proceso. Para esto, existe el instituto del litisconsorcio. Si la ley ha optado incorporar al patrimonio autónomo, es porque se ha querido dar un paso más reconociendo cierta *subjetividad jurídica*, a entes que no gozan de ese reconocimiento en el resto del ordenamiento jurídico. El patrimonio autónomo es por ello un *sujeto de derecho procesal*, no un conjunto de individualidades que reunidas forman un litisconsorcio. El litisconsorcio denota pluralidad, el patrimonio autónomo unidad.

a.7. Las asociaciones no inscritas

A pesar que nuestro Código Civil establece con claridad, como hemos expuesto, que para que una entidad sea considerada como persona jurídica, debe estar inscrita en Registros Públicos, regula el caso de las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, señalando de modo expreso que estos pueden comparecer en un proceso⁴².

a.8. Las comunidades campesinas y nativas

La personalidad jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas nace de la propia Constitución⁴³ y, como tal, tienen la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales.

V.3.2. La capacidad procesal

a) Noción

Es la aptitud para poder ejercer por sí mismo, válidamente, las situaciones jurídicas procesales de las cuales se es titular. Como es claro, la capacidad procesal presupone la capacidad para ser parte. De este modo, no todo aquel que tiene capacidad para ser parte, tiene capacidad procesal, pero solo puede hablarse de capacidad procesal respecto de quienes tienen capacidad para ser parte. En otras palabras, no basta tener la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas procesales, sino que además se requiere no estar incurrido en alguna de las circunstancias establecidas en la ley para no poder desarrollar por sí mismo esas situaciones jurídicas procesales.

De este modo, la capacidad procesal es similar a la capacidad de actuar en el derecho civil, razón por la cual se ha dicho que también podría designarse como *capacidad de obrar procesal*⁴⁴.

Ahora bien, en el caso de la capacidad procesal, resulta más claro que ella no se corresponde con la capacidad para obrar civil⁴⁵. Las condiciones establecidas en el derecho civil para poder desarrollar por sí mismo y válidamente las situaciones jurídicas privadas son absolutamente diferentes a aquellas que se exigen para desarrollar las actuaciones procesales que, como se ha dicho, son más bien de derecho público. En ese sentido, debe tenerse en consideración que los derechos regidos por el derecho civil son esencialmente dispositivos, pero no así las situaciones jurídicas procesales, por lo que el parámetro para poder considerar a alguien con capacidad procesal son diferentes para considerar a alguien con capacidad para obrar civil.

40 “Artículo 65 del Código Procesal Civil.- Representación procesal del patrimonio autónomo.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el Artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el Artículo 435.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 4”.

41 En efecto, el Código Procesal Civil confunde la institución de la representación conjunta, con la institución del litisconsorcio necesario. El litisconsorcio hace referencia a la pluralidad de sujetos en una misma posición de parte, en cambio la representación conjunta refiere la necesidad de la intervención simultánea de varios representantes para poder obligar al representado. Por lo demás, como hemos explicado en este trabajo, el representante.

42 Artículo 124 del Código Civil.- El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes.

Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.

Artículo 130 del Código Civil.- El comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que sean pertinentes.

El comité puede comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.

43 “Artículo 89 de la Constitución.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

44 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJE: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 241.

45 Véase: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Jovene: Nápoles, 2006, pp. 306. Incluso aquellos que consideran que existe coincidencia entre capacidad jurídica (o de goce) y capacidad para ser parte, están de acuerdo en que esta no coincide entre la capacidad procesal y la capacidad de actuar (o de ejercicio). Véase: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. JOVENE: Napoli, 1965, pp. 592–593; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Temis: Bogotá, 2000, pp. 330.

Es minoritaria la posición que considera que existe coincidencia entre esas nociones: VESCOVI; Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis: Bogotá, 1999. Segunda edición, pp. 164. De una opinión contraria pareciera ser Rocco, quien encuentra identidad entre la capacidad procesal y la capacidad de actuar: ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Temis: Bogotá–Depalma: Buenos Aires, 1963. Tomo II, pp. 138.

Por otro lado, existen exigencias que se derivan del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que determinan la necesidad de conferir capacidad procesal a quienes no tienen capacidad de obrar según las reglas del derecho civil.

“(...) soy partidario de permitir que los menores de 18 años con discernimiento tengan la posibilidad de acudir directamente al proceso para la tutela de sus derechos, sin necesidad de representante.”

Ahora bien, aquellos que no gozan de capacidad procesal no es que estén imposibilitados de acudir al proceso en defensa de sus derechos, lo que ocurre es que no pueden hacerlo por sí mismos, para lo cual se hará necesario que otra persona lo haga en su nombre, situación frente a la cual surge los casos de representación procesal legal.

b) ¿Quiénes tienen capacidad procesal en el Perú?

Cuando el Código Procesal Civil peruano se refiere a este tipo de capacidad la denomina *capacidad para comparecer en un proceso*⁴⁶. Al regular a quiénes les corresponde señala que es *“a las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer”*. Esas no son otras que las que tienen capacidad de actuar. De este modo, el Código Procesal Civil parte de la regla conforme a la cual, la capacidad procesal es equivalente a la capacidad de obrar conforme a las reglas del Código Civil⁴⁷. Ello, como punto de partida, es correcto. En el Perú, en el caso de las personas naturales, por regla general la capacidad de obrar se les otorga a los mayores

de 18 años, salvo los casos de incapacidad relativa⁴⁸ o aquellos otros de incapacidad absoluta⁴⁹.

Sin embargo, la regulación que sobre la capacidad procesal recoge nuestro Código Procesal Civil, nos trae una preocupación especial. El artículo 1358 del Código Civil dispone que “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”. Ello quiere decir que los menores de 18 años que no estén privados de discernimiento, tienen respecto de esos derechos capacidad de disposición. ¿Tienen también capacidad procesal para la tutela de esos derechos? Conforme al artículo 58 del Código Procesal Civil, la tendrían pues esta norma es clara cuando dice que tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso *las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer*, y esos menores de 18 años, respecto de esos derechos tienen la capacidad de disposición. No sabemos cuál haya sido la intención del legislador, pero una interpretación sistemática de las disposiciones sobre capacidad, podría llevarnos a esa conclusión. Por lo general soy partidario de permitir que los menores de 18 años con discernimiento tengan la posibilidad de acudir directamente al proceso para la tutela de sus derechos, sin necesidad de representante, con las previsiones tutelares del caso, como ocurre en la nueva Ley Procesal del Trabajo⁵⁰; y me parecería positiva una amplia interpretación de esta norma en estos términos, siempre que sea con la intención de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los menores de 18 años, sin generarles ninguna situación de desigualdad en el proceso.

En ese sentido, resultan interesantes las normas previstas en nuestro Código Procesal Civil⁵¹ para los casos en los que el incapaz procesal no cuente con representante, o contando con él, este se encuentre impedido por alguna razón. Estas normas lo que hacen es facilitar el acceso a la jurisdicción a los incapaces para reclamar la tutela de sus derechos, y en ese mismo proceso solicitar que se

46 Artículo 58 del Código Procesal Civil.- Capacidad para comparecer en un proceso.- Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.

Puede continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho.

47 “Artículo 42 del Código Civil.- 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”.

48 “Artículo 44 del Código Civil.- Son relativamente incapaces:

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 incurrir en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

49 “Artículo 43 del Código Civil.- Son absolutamente incapaces:

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.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”.

50 Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia.-

8.1.- Los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. En el caso que un mejor de 14 años comparezca al proceso sin representante legal, el Juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

(...).”.

51 “Artículo 66 del Código Procesal Civil.- En caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplican las siguientes reglas:

1. Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o éste estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al Juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.

2. Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o éste se halle ausente, el Juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo.

3. El Juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuere idóneo.

4. También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo”.

le designe a un curador procesal. Este es un importante avance en el libre e igualitario acceso a los órganos jurisdiccionales de los menores de edad.

Por otro lado, existe una disposición que regula algunos casos de capacidad procesal de los menores de 18 años, que es el artículo 46 del Código Civil⁵². Esta norma confiere capacidad procesal a los mayores de 14 años para iniciar procesos en tutela de los derechos de sus hijos.

En ese sentido, entonces, en el Perú, tendrían capacidad procesal, según las normas del Código Civil: (i) los mayores de 18 años, (ii) los mayores de 14 años para la tutela de los derechos de sus hijos; (iii) los mayores de 16 años que hayan adquirido un título profesional; (iv) los menores de edad que hubieran adquirido capacidad por matrimonio, y (v) los menores de edad en los casos de la tutela de los derechos de los que pueden disponer, conforme a lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil. Los demás sujetos no tienen capacidad procesal, por lo que requieren actuar mediante representante para que su actuación procesal sea válida, como es el caso de las personas jurídicas, patrimonios autónomos, el Estado, los organismos constitucionales autónomos, las comunidades campesinas y las organizaciones no inscritas.

La ausencia de capacidad procesal genera la nulidad relativa de las actuaciones procesales; ello quiere decir que el defecto del que adolecen esos actos procesales puede ser convalidado⁵³.

VI. La pérdida y la obtención de la capacidad en el transcurso del proceso

El proceso es una realidad dinámica que se realiza a través del tiempo. Siendo ello así, es posible que en el transcurso del proceso el sujeto de derecho que tenga la calidad de parte en el proceso pierda la capacidad para ser parte o pierda u obtenga la capacidad procesal. ¿Qué ocurre en estos casos?

VI.1. La pérdida de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal en el proceso

a) La pérdida de la capacidad para ser parte

Siendo la capacidad para ser parte un presupuesto procesal y siendo el proceso una realidad dinámica, la capacidad debe presentarse al inicio del proceso y mantenerse hasta el momento de la expedición de la sentencia⁵⁴.

Por ello, en los casos en los que se pierda la capacidad para ser parte, corresponde la nulidad de toda la actuación procesal posterior⁵⁵, sin embargo, es necesario tener en consideración, las especiales circunstancias de cada caso,

a fin de no invalidar actuación procesal que no haya producido perjuicio al derecho de defensa en el proceso.


En el caso que el *nasciturus* pierda la vida, antes de nacer o muere al nacer, es claro que el proceso no podrá, en principio continuar. En el caso de la muerte de la persona natural, el proceso podrá continuar con sus sucesores, y será nula solo la actividad procesal realizada luego de la muerte de esa persona que pueda haberles generado indefensión.

Un caso muy particular sería el de la extinción de la persona jurídica. Una persona jurídica debe mantener su existencia hasta la conclusión de los procesos⁵⁶, ello quiere decir que uno de los temas pendientes, antes de extinguirse, durante su procedimiento de liquidación, es el de ponerle fin a los procesos en trámite. Lo mismo ocurre en los casos de la sucesión intestada, salvo en los casos en los que exista un proceso respecto de un bien, que por acuerdo de los miembros de la sucesión se le haya asignado a uno de sus miembros, en cuyo caso el proceso continuará por imperio de la sucesión procesal.

b) La pérdida de la capacidad procesal

Al igual que en el caso de la capacidad para ser parte, la capacidad procesal debe presentarse no solo al inicio del proceso, sino también permanecer en el transcurso de este, hasta el momento del dictado de la sentencia. Su pérdida, sin embargo, no genera la inmediata nulidad de las actuaciones procesales, sino más bien su anulabilidad. Pero también en estos casos, para que se decrete la nulidad de las actuaciones procesales, es preciso que exista un agravio efectivo al derecho de defensa.

VI.2. La adquisición de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal en el proceso

Dada la noción amplia que existe en torno a la capacidad para ser parte, vemos muy difícil que se pueda presentar un supuesto en que un ente a quien no se le reconozca la capacidad para ser parte pueda adquirirla al interior del proceso. Sin embargo, esto sí podría ocurrir en el caso de la capacidad procesal, en el caso, por ejemplo en el que un menor haya iniciado un proceso y luego adquiere la mayoría de edad. Sin perjuicio de lo que hemos señalado sobre la posibilidad de actuar de los menores de edad, podría darse el supuesto que estos no cumplan en principio con los requisitos para reconocérsele esa capacidad, pero en el proceso se adquiere esa aptitud para desplegar las actuaciones procesales por sí mismas. En nuestra opinión, en estos casos la actividad procesal desarrollada se convalidaría, siempre que no haya habido un grave perjuicio para él y que la cuestión apenas adquiere la capacidad 

52 "Artículo 46 del Código Civil.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos."

53 SERRA DOMINGUEZ, Manuel. "Nulidad procesal". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. 2, 1998, pp. 564.

54 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJEA: Buenos Aires, 1955. Tomo I, pp. 237.

55 En el mismo sentido: VESCOVI; Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis: Bogotá, 1999. Segunda edición, pp. 167.

56 LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Diké: Medellín, 1999, pp. 93.