UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“LA INTERDICCIÓN Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE ALIMENTOS DE PERSONAS CON INCAPACIDAD ABSOLUTA POR ENFERMEDADES MENTALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE UCAYALI 2008-2014”

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

TONY BRIAN PENADILLO DIAZ

ROGGER ALBERTO PÉREZ CÁRDENAS

PUCALLPA - PERÚ

2018

ACTA DE APROBACIÓN

La presente tesis fue aprobada por los miembros del Jurado Evaluador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Ucayali, como requisito para optar el Título Profesional de Abogado.

Soc. Washington T. Quintanilla Osorio ……
Presidente

Dra. Janet Yvone Castagne Vasquez ……
Miembro

Dr. Teofilo Meza Taipe ……
Miembro

Dr. Jesús Alcibiades Morote Mescua ……
Asesor

Bach. Tony Brian Penadillo Diaz ……
Tesista

Bach. Rogger Alberto Pérez Cárdenas ……
Tesista

DEDICATORIA

A nuestros padres por su amor, apoyo y dedicación constante en nuestra superación profesional.

AGRADECIMIENTO

Al Dios Todopoderoso, quien nos regala la vida y el esfuerzo para concluir nuestra carrera.

A los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Ucayali, quienes nos dieron la oportunidad de formarnos académicamente.

Los autores.

RESUMEN

En el Perú, existe un porcentaje muy alto de índice de demandas de alimentos, ya que el padre no cumple con el deber de brindar lo necesario en alimentos; y dentro de este basto grupo existen aquellos donde los vulnerados alimentistas son personas con incapacidad absoluta por enfermedad mental; ya que la ley obliga en primer lugar un proceso de “Interdicción”, para nombrar a un curador procesal, antes de realizar la denuncia de alimentos. Sin quitar el fin proteccionista patrimoniales y de la administración de la misma por parte de un llamado curador procesal del incapaz absoluto, aquellas personas que proceden a entablar una demanda de alimentos no cuentan con recursos necesarios para subsistir; encontrándose en grave situación de vulnerabilidad, y esto se aleja un del espíritu por el cual se antepone primero un proceso de interdicción ante una demanda de alimentos.

Esta investigación constituye un gran esfuerzo de ambos investigadores, respecto al campo de los derechos de las personas con incapacidad, específicamente, en el derecho a la capacidad jurídica de este grupo vulnerabilizado. A partir de ello, y teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento conserva aún la vieja figura de la **interdicción civil** como una forma de “seudoprotección” a las personas con discapacidad. Con este trabajo, se pondrá en evidencia, como es que dicha figura constituye, contrariamente a lo que se cree, una flagrante violación de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad en el Perú. Específicamente la vulneración del derecho de alimentos de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales. Para ello, analizaremos la situación actual, se rebatirán ideas asumidas como dogmas en el derecho nacional e internacional

y, luego de evidenciar y describir la problemática, se propondrá una modificación del Código Civil peruano en lo concerniente a la figura jurídica de la interdicción civil para este sector de la población.

Es necesario reflexionar sobre la figura clásica del Derecho Civil llamada “interdicción” que no es otra cosa que una muerte civil en la práctica, para la persona que es declarada interdicta. Muchos son los obstáculos que la sociedad y el Estado imponen a las personas con discapacidad para el ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades fundamentales. En efecto, todavía es latente la errónea percepción de que las personas con discapacidad (de cualquier tipo) deben ser tratadas como seres inferiores, cuya voluntad y decisión no son relevantes, degradándolas casi a la condición de objetos y no sujetos de derecho.

Concretamente existen madres cuyos hijos son incapaces absolutos por enfermedades mentales, que requieren de una pensión alimenticia para que estos tengan una vida digna, sin embargo a estas madres se les hace casi imposible acceder a este derecho fundamental, porque primero tienen que iniciar un proceso de “interdicción” que lejos de ser un proceso de “protección” hacia a estas personas con discapacidad, vulneran su derecho alimentario, por lo que, es necesario que ocurran cambios en nuestra legislación civil vigente a los estándares actuales en materia de protección de los Derechos Humanos, propugnando por un trato más igualitario de las personas con discapacidad.

ABSTRACT

In Peru, there is a very high percentage of food demand index, since the father does not fulfill the duty to provide what is necessary in food; and within this coarse group there are those where the food offenders are people with absolute disability due to mental illness; since the law requires in the first place a process of "Interdiction", to appoint a procedural curator, before making the complaint of food. Without removing the patrimonial protectionist purpose and the administration of it by a so-called procedural curator of the absolute incapable, those persons who proceed to file a demand for food do not have the necessary resources to survive; Being in a serious situation of vulnerability, and this moves away from the spirit by which a process of interdiction before a demand for food is first.

This investigation constitutes a great effort of both researchers, with respect to the field of the rights of persons with disabilities, specifically, in the right to the legal capacity of this vulnerable group. From this, and taking into account that our order still retains the old figure of civil interdiction as a form of "pseudo protection" to people with disabilities. With this work, it will become clear, how is that this figure constitutes, contrary to what is believed, a flagrant violation of the rights and fundamental freedoms of people with disabilities in Peru. Specifically the violation of the right to food of people with absolute disability due to mental illness. For this, we will analyze the current situation, refute ideas assumed as dogmas in national and international law and, after evidencing and describing the problem, a modification of the Peruvian Civil Code will be proposed regarding the legal concept of civil interdiction for this sector of the population.

It is necessary to reflect on the classic figure of Civil Law called "interdiction" which is nothing more than a civil death in practice, for the person who is declared interdicted. Many are the obstacles that society and the State impose on people with disabilities for the exercise, on equal terms, of their rights and fundamental freedoms. Indeed, the erroneous perception that people with disabilities (of any kind) should be treated as inferior beings, whose will and decision are not relevant, degrading them almost to the status of objects and not subjects of rights, is still latent.

Specifically, there are mothers whose children are absolutely incapable due to mental illness, who require alimony so that they have a decent life, however, it is almost impossible for these mothers to access this fundamental right, because they first have to start a process of "Interdiction" that far from being a process of "protection" towards these people with disabilities, violate their food law, so, it is necessary that changes occur in our current civil legislation to the current standards on protection of rights Human, advocating for more equal treatment of people with disabilities.

ÍNDICE

Pág

Dedicatoria……..……. iii

Agradecimiento…….……. iv

Resumen……..…… v

Abstract……..…….…. vii

Lista de tablas…….. xiv

Lista de figuras…… xv

Introducción…….…….…… xvi

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del Problema……..…… 1

1.2 Formulación del problema…….…… 5

1.2.1 Problema Principal…….……. 5

1.2.2 Problemas Específicos……..……. 5

1 3 **Objetivos**……..…….. 6

1.3.1 Objetivos Generales…….. 6

1.3.2 Objetivos Específicos……..……. 6

1.4 **Hipótesis**……. 6

1.4.1 Hipótesis General……..…… 6

1.4.2 Hipótesis Específicas…….…… 7

1.5 **Sistema de Variables**…… 7

1.5.1 Variable Independiente…..……. 7

1.5.2 Variables dependientes……..….. 7

1.5.3 Interviniente……...…. 7

1.6 Justificación…….……..... 8

1.7 Importancia…….……. 11

1.8 Viabilidad……..… 12

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Capacidad e Incapacidad en la Legislación Peruana…… 13

2.2 Incapacidad absoluta……... 16

2.2.1 Conceptos de incapacidad absoluta……... 24

2.2.2 Art. 43 del Código Civil Peruano…….…… 25

2.2.3 Representación legal de incapaces (Art. 45)…….… 27

2.3 Incapaces absolutos por enfermedades mentales en el Perú 27

2.3.1 Enfermedades mentales en el Perú……...…..…… 28

2.3.1.1 Ejemplos de algunas enfermedades mentales de origen y de diverso factor…….…. 28

2.3.2 El derecho de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico internacional y nacional……..…… 33

2.3.2.1 Generalidades de la discapacidad…….. 33

2.3.2.2 La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad……..…….. 37

2.3.2.3 Definición de discapacidad……..….. 40

2.3.2.4 Nueva ley general de la persona con discapacidad, ley N° 29973……. 43

2.4 Proceso de interdicción…….. 44

2.4.1 Casos en que procede…… 47

2.4.2 La demanda de interdicción…… 49

2.4.3 Características……. 50

2.4.4 Efectos……. 50

2.4.5 Clases de legitimidad en la interdicción: activa y pasiva. 52

2.5 El proceso de interdicción como obstáculo para un acceso justo al derecho de alimento en incapaces absolutos……. 53

2.6 Fundamento del juez para declarar improcedente una demanda de alimentos de incapaces absolutos…… 55

2.7 Derecho internacional comparado…….. 57

2.7.1 Colombia…… 57

2.7.2 España…….. 61

2.7.3. México……. 83

2.8. Derecho de alimentos…….. 87

2.8.1. Convención sobre Derechos del Niño……. 88

2.8.2 Interés Superior del niño…… 89

2.8.3 Principio de razonabilidad y proporción…….. 89

2.8.4 Principio de diferenciación……. 89

2.8.5 Improcedencia del abandono…… 89

2.9 Procedimiento de alimentos…….. 90

2.10 Obligación alimentaria recíprocamente (Art. 474 C.C)…… 92

2.11 Prelación de obligados a dar alimentos (Art. 475 C.C.)…… 96

2.12. Situación de los concubinos…… 96

2.13 Situación de las madres solteras…… 97

2.14 Forma y modo de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria …… 98

2.14.1 Formas…… 98

2.14.2 Modos de hacer efectivo la pensión alimentaria…… 101

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Métodos De Investigación……..……. 104

3.1.1. Método de Investigación Cualitativo……..… 104

3.1.2. Método de Investigación Explicativo……..…..…….. 106

3.2. Tipo De Investigación..……..….. 107

3.3. Población y muestra…….. 108

3.3.1 El Universo o Población..…… 108

3.3.2 Muestra…….. 108

3.4. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos……. 109

3.5. Técnicas de Recojo, Procesamiento y Presentación de Datos. 109

3.6 Diseño y esquema de investigación…….. 110

3.6.1 Diseño……. 110

3.6.2 Esquema…… 110

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1 Presentación de resultados…… 112

4.1.1 Análisis del Resultado…… 113

4.1.2 Análisis de las Jurisprudencias…… 123

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones…… 244

5.2 Recomendaciones…… 247

Bibliografía…… 248

Anexo…… 252

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. …… 113

Tabla 2. …… 115

Tabla 3. …… 116

Tabla 4. …… 117

Tabla 5. …… 119

Tabla 6. …… 120

Tabla 7. …… 121

LISTA DE GRÁFICOS

Pág.

Gráfico 1. ……. 113

Gráfico 2. …… 115

Gráfico 3. …… 116

Gráfico 4. …… 118

Gráfico 5. …… 119

Gráfico 6. …… 120

Gráfico 7. …… 122

INTRODUCCIÓN

La presente tesis se realizó con el propósito de analizar si la interdicción vulnera la capacidad jurídica de las personas con incapacidad absoluta, es decir los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, así como también los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los retardados mentales. Como requisito previo al proceso de alimentos.

El presente trabajo de investigación se ha llevado a efecto a través de 5 capítulos.

El primer Capítulo, tiene como título: El Problema de Investigación, a través del cual se hace la descripción del mismo presentando un enfoque de la realidad respecto, hasta qué punto la incorrecta aplicación del proceso de interdicción vulnera el derecho de alimentos de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales. Presentando un enfoque de la base legal y relacionándolo con los principios consagrados en la Constitución Política del Estado. También comprende, el planteamiento del problema principal y los específicos, de igual forma se ha planteado un objetivo general y tres objetivos específicos. Consideramos que uno de los aspectos relevantes de éste primer Capítulo es el planteamiento de las hipótesis que le dan el sustento científico a la investigación. Asimismo identificamos las variables de estudio.

En el Segundo Capítulo, referido al Marco Teórico se desarrollará en el orden de los siguientes tema, se empezará sobre que es la Incapacidad Absoluta según nuestra doctrina y el código civil peruano; seguidamente se ahondará en el tema específico de los Incapaces Absolutos por enfermedades

mentales, ante la ilustración de ello se procederá a ver que es la Interdicción y su aplicación en el sistema jurídico peruano; posteriormente se desarrollará sobre el derecho de alimentos en el Perú; todo en un contraste al vacío legal que se evidencia en nuestro sistema civil peruano referente a la tesis que se explica en este documento.

En el Tercer Capítulo, referido al Marco Metodológico se precisa que el trabajo es una investigación descriptiva de tipo explicativa. También señalamos en este capítulo la metodología usada en el presente estudio. Asimismo, precisamos que es una investigación no experimental con diseño simple. Comprende una población de 80 personas relacionadas con personas que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, con retardados mentales o los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. De los cuales se tomó como muestra 50 encuestados (45 padres o familiares de los incapacitados, 04 abogados y 1 juez). Asimismo analizamos 05 jurisprudencias respecto al tema de investigación. Utilizamos como instrumento de recolección de datos, fichas bibliográficas, fichas de encuestas, y fichas de cotejo de datos.

En el Cuarto Capítulo, se presentan los resultados de la encuesta a través de cada cuadro y gráfico por pregunta, y el comentario o análisis del resultado, luego contrastamos las hipótesis, procediendo a la prueba de las hipótesis.

En el Quinto Capítulo, exponemos el aporte científico de la investigación, además de las conclusiones que arribamos, fueron que la interdicción para las personas con discapacidad, constituye una medida jurídica que afecta al derecho de alimentos, que constituye el derecho al sustento, habitación,

asistencia médica, psicológica y recreación. Al proceder la interdicción en las personas con discapacidad, se torna en un acto discriminatorio y en un medio determinante para la vulneración de la capacidad jurídica, toda vez que estaría restringiendo el derecho de alimentos y otros que le favorecen al incapacitado. También efectuamos algunas recomendaciones.

Toda esta realidad jurídica, nos ha motivado a investigar y concretizar el estudio, cuyo informe ofrecemos a nuestra Alma Mater Universidad Nacional de Ucayali, a consideración a través de cinco capítulos en los cuales hemos estructurado la tesis, con fe y con todo optimismo de que sus resultados signifiquen para la jurisprudencia peruana y por ende del Distrito Judicial de Ucayali, un aporte académico y significativo.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El presente capítulo aborda el Planteamiento del Problema, el cual describe la realidad actual y la situación problemática de la tesis. Asimismo enfoca la Formulación del Problema, el objetivo que se persigue a través del trabajo de investigación, las hipótesis y la justificación de la investigación.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Perú, las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales, se ven enfrentadas constantemente a las barreras, prejuicios y obstáculos que la propia legislación peruana y la sociedad impone para el goce y ejercicio pleno de sus derechos, principalmente la referida a su capacidad jurídica, ello se comprueba cuando un discapacitado demanda una pensión alimenticia a su favor, siendo declarada improcedente, por cuanto previamente tiene que iniciar un proceso de interdicción para luego demandar los alimentos.

En nuestro país la pobreza es una realidad latente que se materializa en gran preocupación en las estadísticas; según el censo de población 2007, existe en el país más de 12 millones de habitantes en condición de pobreza del total de 22'639 mil personas. En el país, más de 6 millones de peruanos viven en extrema pobreza, es decir, que poseen más de dos carencias o bien que no satisfacen las necesidades de alimentación (INEI); es decir, el ingreso familiar no alcanza para cubrir

el gasto de la canasta básica de alimentos. Según CUANTO, de cada cinco personas en el país, una padece hambre. Los más pobres se ubican en el área rural (comunidades campesinas y comunidades nativas).

Teniendo conocimiento de estas cifras, mencionamos que en nuestro país existen alrededor de medio millón de madres solteras, de las cuales, cerca del 70% demandan pensión de alimentos al padre de sus hijos, y toman este derecho de acción de demandar porque no tiene los medios económicos para tener una vida digna. Dentro de este porcentaje se encuentran las madres cuyos hijos son incapaces por enfermedades mentales, las mismas que se les torna casi imposible acceder a este derecho fundamental por los incorrectos y engorrosos procedimientos que se encuentran estipulados en nuestro Código Civil, vulnerando en gran manera los derechos principales de toda persona.

Para poder analizar y argumentar por qué vulnera la interdicción al derecho de alimentos de personas con incapacidad absoluta. Primero hablaremos de la interdicción. Pues, la interdicción es un proceso judicial de jurisdicción voluntaria, con este no se busca resolver un litigio, ni controvertir un derecho sino que se declare que una persona no está en capacidades mentales para ejercer su capacidad de ejercicio.

Esta clase de proceso se encuentra consagrado en el artículo 581° del Código Procesal Civil, como interdicción de persona con discapacidad mental; la finalidad de este proceso es evitar que se aprovechen de la discapacidad mental de las personas y le hagan

celebrar negocios que puedan afectar su patrimonio. Este proceso se inicia con una demanda que debe reunir todos los requisitos legales, en especial los contenidos en el artículo 547 del Código Procesal Civil.

Bueno, **a nuestro punto de vista, es totalmente necesaria la existencia y aplicación de la interdicción pero sólo para las finalidades mencionados líneas arriba, mas no como requisito para iniciar un proceso de alimentos para los incapaces absolutos.**

Pues, nuestro código civil pone como condición, para que una persona con incapacidad absoluta por enfermedades mentales: síndrome de DOWN y retraso mental moderado, pueda realizar un proceso de alimentos, necesita primero demandar La Interdicción, pero si nos preguntamos ¿Por qué?, ya que el proceso de interdicción tiene como finalidad nombrar a un curador procesal para que no se aprovechen de la discapacidad mental de las personas, pero esto no tiene ninguna relación con lo que se quiere lograr mediante un proceso de alimentos, porque lo que busca con este, es que mediante este proceso, el padre que no cumple su responsabilidad como tal, sea obligado a cubrir los gastos del sustento de su hijo(a); entiéndase por alimentos no solo lo comestible sino también las necesidades de estudio, salud, vivienda, vestimenta y recreo.

Entonces al preguntarnos porque, pone como condición que primero se realice el proceso de interdicción para que después recién reclame el derecho de alimento mediante su proceso, solo en los casos de incapaces absolutos; tenemos como respuesta de nuestro código civil una argumentación **carente de sentido y totalmente incorrecto, ya**

que su respuesta es: “Que, se tiene que realizar la interdicción para que mediante una sentencia firme se declare expresamente la incapacidad absoluta de la persona”, siendo esto ridículo y muy perjudicial para aquellas personas, ya que este proceso no solo tiene un elevado costo procesal, también un costo de asesoramiento jurídico por su complejidad; y no solo eso, sino que también la duración es exagerada sin respetar los plazos estipulados en el mismo Código Procesal Civil, siendo innecesarias los procedimientos del mencionado proceso. ¿Acaso no es suficiente ver a aquella persona incapaz absoluta (que mayormente son por síndrome de retrasos mentales, tales como el caso del síndrome de DOWM) en una audiencia y darse cuenta de su incapacidad?; ¿acaso no basta esto, acompañado de un informe de un hospital estatal realizado por su respectiva comisión conformado con médicos de diferentes especialidades, tales como neurología, psicología, psiquiatría, etc., certificando la incapacidad de dicha persona? **Pues a nuestro criterio, teniendo en cuenta la realidad económica; y más que eso, la lógica para poner requisitos, condiciones para efectuar un proceso de alimentos, nos parece un total atropello y violación al derecho al sustento, al vestido, estudio, derecho a salud, derecho a la recreación y al derecho de una vivienda, que es lo que engloba “Alimentos”.**

Si bien las personas que realizan un proceso de alimentos que no son incapaces absolutos, lo realizan de manera inmediata, sin la necesidad de cumplir condiciones, o exigencias previas; es controversial, ya que los que más necesitan a opinión nuestra, son aquellos incapaces

absolutos, que por obvias razones necesitan mayor cuidado, curatela y beneficios de la ley por su condición misma, pero lejos de ello lo que la ley hace es poner trabas y obstáculos para obtener un derecho que por principios del derecho y la razón de la justicia deberían tener de manera menos gravosa.

Pues lejos de alcanzar justicia y derechos, estos se convertirán en un inverosímil, por el alto costo de dos procesos judiciales, por el tiempo excesivo de dichos procesos extendiéndose hasta en muchos años, y por la falta de comprensión por parte de nuestro ordenamiento civil. Por lo que es innecesario el proceso de interdicción para posteriormente realizar un proceso de alimentos de incapaces absolutos por enfermedades mentales.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema principal

- ¿De qué manera la interdicción vulnera el Derecho de Alimentos en las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales, en el Distrito Judicial de Ucayali 2008-2014?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera la procedencia de la interdicción vulnera el Derecho de Alimentos en las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales?

- ¿Cuál es el índice de vulneración de derechos a los alimentos en los casos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

- Analizar de qué manera la interdicción, vulnera el derecho a la capacidad jurídica de las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales, como requisito para iniciar el proceso de alimentos.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar si la procedencia de la interdicción vulnera el derecho a la capacidad jurídica de las personas que adolecen de incapacidad absoluta, previo al inicio del proceso de alimentos.

- Demostrar el alto índice de vulneración de derechos a los alimentos en los casos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. Hipótesis general

- La procedencia del proceso de interdicción, contribuye directamente con la vulneración del derecho de alimentos de

la personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.

1.4.2. Hipótesis específica

- La aplicación directa del proceso de alimentos en personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales es necesaria porque se relaciona con los derechos humanos.
- La aplicación del Proceso de Interdicción vulnera en gran medida el derecho a un Proceso justo de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.
- La aplicación del Proceso de Interdicción impide el acceso justo del derecho a la alimentación de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.

1.5. SISTEMA DE VARIABLES

1.5.1. Variable independiente

- El proceso de Interdicción.

1.5.2. Variables dependientes

- Vulneración al Derecho de “alimentos” de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.

1.5.3. Variable interviniente

- Distrito Judicial de Ucayali.

1.6. JUSTIFICACIÓN

Uno de los Derechos Sociales que señala nuestra Carta Magna del año 1993, en su Art. 7° es el Derecho a la Salud y la protección al discapacitado. Señala además, que la persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Evidentemente, se trata de una norma de carácter paternalista sustentada en un teoría de protección hacia estas personas, perpetuando así la idea de inferioridad de las mismas (lo que desencadena en las limitaciones injustificadas de varios, si no todos, de sus derechos). De manera que el artículo constitucional que se pone bajo la lupa señala expresamente que la persona incapacitada, para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene que estar bajo un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Estas últimas cuatro palabras dan cuenta y ponen evidencia a un constituyente sumamente proteccionista, ubicando a la persona con discapacidad en una situación casi de invalidez. Y es que tradicionalmente se ha comprendido erróneamente que las personas con discapacidad (física, mental, permanente o temporal) deben tratarse como objetos de cristal, es decir, con muchos cuidados y atenciones pues, su status no les permite ser merecedores de la opción de tomar sus propias decisiones y optar por el rumbo que desean tomar para conducir sus propias vidas. Ahora bien, es cierto que el texto constitucional en si no trata el tema de la capacidad jurídica de manera

expresa, sin embargo, el régimen legal de “protección” del cual habla el artículo 7° de nuestra Constitución se traduce en el Código Civil mediante la institución jurídica conocida como “interdicción” o, más coloquialmente llamada, declaración de incapacidad (lo cual si ataca directamente el derecho a la capacidad jurídica).

Debemos entender que lo que hace el Código Civil es, en buena cuenta, señalar cuales son los sujetos a quienes se les debe, en razón de su condición, limitar la capacidad de ejercicio, entendida aquella como “la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas. No cabe duda que si bien para el ordenamiento jurídico nacional las personas con discapacidad tienen derecho a la “personalidad jurídica” (entendida como capacidad de goce) tienen restringida su capacidad de ejercicio en virtud de las disposiciones del texto civil. Por ende nuestra legislación civil ha optado por un modelo de atribución directa por status al establecer taxativamente en el Código Civil cuales son los sujetos que, por su condición, carecen de capacidad de ejercicio relativa o absoluta y que, por ende, deben ser interdictadas. Producto de ello, miles de personas con discapacidad mental en nuestro país ven mermada su capacidad de decisión sobre sus propias vidas. En buena cuenta, su voluntad es sustituida por la de un tercero que, en el mejor de los casos, es un familiar que vela por sus intereses, aunque valgan verdades también existen casos en los que quienes deberían “proteger” a estas personas, se aprovechan de su “muerte civil”.

El Tribunal Constitucional de nuestro país, está de acuerdo al señalar que la discapacidad mental no es sinónimo de incapacidad para tomar decisiones. Es decir, ha reconocido de manera inequívoca el derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad.

Sin embargo, pese a ello, aún existen muchos jueces que aún desconocen que los discapacitados no tienen capacidad jurídica (capacidad de goce y de ejercicio) y pueden tomar sus propias decisiones en todos los ámbitos de su vida. Como es en el Distrito Judicial de Ucayali, que vulneran el derecho de alimentos de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales o por cualquier otra causa se encuentren privados de discernimiento, por exigencia de presentar previamente la declaratoria de incapacidad en un proceso de interdicción, que por ser complejo y extenso, no pueden disfrutar oportunamente de lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y psicológica y recreación.

El estudio de investigación nos permitió analizar a profundidad la problemática de los que adolecen de incapacidad absoluta (Inc. 2 del Art. 43 del C.C.) o relativa (inc. 2 y 3 del Art. 44 del C.C.), quienes al demandar o pretenden acceder a la pensión o atenderse de la enfermedad que padece, primero deberá cumplir con la sacra formalidad que exige la representación legal. En caso de no hacerlo, nunca se podrá lograr la entrega de la pensión o acceder al seguro al que se tiene derecho. En caso de seguir el proceso de interdicción, habrá que esperar el funcionamiento de un sistema judicial kafkiano, surrealista en

muchos casos, que puede durar años, con el consiguiente desgaste en tiempo, dinero y esfuerzo de los familiares del enfermo o discapacitado y de la mella en la salud del mismo. Mientras tanto, las personas, sucumbirán por la falta de dinero para su manutención o empeorarán en su afección mental por la carencia de controles o acceso a las medicinas farmacológicas que son indispensables para el tratamiento que permitan, de alguna forma, equilibrar el sistema neuroquímico de nuestro complejísimo cerebro.

1.7. IMPORTANCIA

La importancia de esta investigación, estriba en que todos los justiciables, operadores del derecho, médicos y todas las personas entiendan que los discapacitados tienen derecho tan igual a las personas sanas y que debemos reconocerles su personalidad jurídica.

Además, debemos concientizarnos para impedir los abusos hacia los incapacitados, debemos tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás.

En síntesis consideramos que debe existir una normativa que tutele los derechos subjetivos del sujeto débil enfermo de mente y que sea acorde con el respeto a su dignidad como sujeto de derecho que merece una protección especial por parte del Estado. La declaración de interdicción del sujeto débil y el nombramiento de un curador al amparo de las normas del código civil no pueden significar su “enterramiento” como sujeto de derecho, no puede implicar su desaparición del mundo

jurídico, el sujeto débil tiene el derecho a que se respete su capacidad jurídica y la de obrar para que no se sienta incapacitado.

1.8. VIABILIDAD

Este trabajo de investigación es viable, porque para lograr optimizar los resultados, la delimitación temporal espacial se ajusta a las posibilidades de los tesistas, puesto que ambos tenemos domicilios reales en esta localidad, además nuestros centros de labores está en la provincia de Coronel Portillo, con la posibilidad de realizar la investigación in situ y habernos dedicado 10 horas semanales a la labor de campo, con la asistencia de auxiliares contratados, además hemos dedicado 10 horas semanales para la redacción de la tesis.

También es viable la presente tesis, porque tiene un contenido social, y además es un problema jurídico que no solo ocurre en el Distrito Jurídico de Ucayali, si no en todas las entidades que se administra justicia dentro del territorio nacional.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. CAPACIDAD E INCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Todos nosotros tenemos derecho a la libertad, se encuentra en la Declaración de los Derechos Humanos. Sin embargo, tiene excepciones ya que uno tiene la capacidad física o mental suficiente para decidir por sí mismo y por ello en nuestra legislación especificamos quienes son capaces o incapaces de ejercer completamente sus derechos. En este sentido, Espinoza nos aclara que la capacidad es una **"Aptitud o posibilidad jurídica de goce y obrar los derechos".** La capacidad consistente en la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia de los actos realizados por ella según su estado civil, o sea, la posibilidad que tiene cada persona de actuar en la vida conforme ha dicho estado. También se podría definir como la aptitud de la persona para constituir, modificar, o extinguir relaciones públicas, es la idónea para realizar actos jurídicos.

Asimismo, en nuestro Código Civil en el artículo 42º explica quiénes son los capaces en ejercer sus derechos y son: "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º. A esa edad la ley supone que 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 nacimiento. Tenemos

que establecer distinciones entre la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio, la capacidad jurídica la tienen todas las personas desde el momento de su nacimiento por el hecho de ser persona.

Ya dejando de lado la capacidad, el maestro Fernández nos explica lo que se trata ser incapaz y dice: “La incapacidad de hecho impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones.” La ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí misma, declarándolos incapaces, fundamentándose en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental o la imposibilidad de poder manifestar su voluntad, considerando que el elemento voluntad es básico en la formación de todo acto jurídico. Analiza Fernández, lo que se trata ser incapaz absoluto y relativo “[…] La incapacidad absoluta y de la relativa son diversas, ya que los actos jurídicos realizados por un incapaz absoluto son nulos dicha nulidad no es subsanable por la confirmación en cambio, el acto es anulable si es ejercido por un incapaz relativo. Así lo prescribe el inciso primero del artículo 221º del código Civil. **La incapacidad absoluta de hecho** impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos o contraer obligaciones. E **incapacidad de hecho relativa** implica que aquellos a quienes alcanza, pueden realizar por si mismos algunos actos jurídicos. El inciso segundo del artículo 219º excluye de la nulidad a los contratos practicados por los incapaces no privados de discernimiento siempre que, como lo dispone el artículo 1358, se relacionen con las necesidades ordinarias de la vida. Según el Código Civil Peruano, redacta sobre la representación legal en el artículo 45º de los incapaces. Y es que: “Los representantes legales

de los incapaces ejercen derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela". Este caso nos dice que por la patria potestad, el padre y la madre del menor, conjuntamente, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores y de representarlos. Así lo establecen los artículos 418º y 419º del código. Tratándose de los hijos extramatrimoniales la patria potestad se ejerce por el padre o la madre que lo ha reconocido, si ambos lo hubieran hecho, corresponde al juez de menores determinar a quien se atribuye la patria potestad según lo indica el artículo 421º. En el artículo 502º prescribe que el menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrara tutor que cuide de su persona y bienes. Las excepciones de plena capacidad adquirida por razón edad "Los mayores de dieciséis años cuando hayan contraído matrimonio: esta primera excepción es justificable en principio para que la persona pueda ejercer los derechos generados a consecuencia de su nuevo status. Obviamente si la persona no se divorcia antes de cumplir los dieciocho años no perdería esta capacidad de ejercicio ya adquirida con el matrimonio, como señala el art.46° C.C en su último párrafo "la capacidad adquirida por el matrimonio no se pierde por la terminación de este", creemos que esta reiteración es muy acertada, una cabal interpretación de la norma.

Fernandez, C.(1992). Derecho de las Personas.5 ed. Lima: Cultural Cuzco. p112.

2.2. INCAPACIDAD ABSOLUTA

El término “incapaz” resulta anacrónico según la teoría actual de las personas con discapacidad. El modelo social propugna por una variación en el lenguaje como una forma de cambio en la perspectiva con la que se estudia la discapacidad. Por ello, posteriormente se explicará porque el término adecuado es “persona con discapacidad”. Y es que tradicionalmente se ha comprendido erróneamente que las personas con discapacidad (física, mental, permanente o temporal) deben tratarse como objetos de cristal, es decir, con muchos cuidados y atenciones pues, su status no les permite ser merecedores de la opción de tomar sus propias decisiones y optar por el rumbo que desean tomar para conducir sus propias vidas. Ahora bien, es cierto que el texto constitucional en si no trata el tema de la capacidad jurídica de manera expresa, sin embargo, el régimen legal de “protección” del cual habla el artículo 7° de nuestra Constitución se traduce en el Código Civil mediante la institución jurídica conocida como “interdicción” o, más coloquialmente llamada, declaración de incapacidad (lo cual si ataca directamente el derecho a la capacidad jurídica). Si bien es cierto el texto civil es anterior (1984) al constitucional vigente (1993), es evidente que al redactar el artículo 7° de la Constitución actual se tuvo como único punto de partida el Código Civil vigente de aquel entonces y no se indagó si es que éste en realidad buscaba el respeto por los derechos de las personas con discapacidad. Aunque, a favor de este pensamiento hay una contingencia que hacer: en 1984 e incluso en 1993, aun no existía de manera tan contundente un progreso tal en el Derecho

Internacional de los Derechos Humanos orientado hacía el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad como actualmente se concibe; pero eso, valga decir, no es óbice para que hasta el día de hoy –ya con el nuevo panorama internacional de evolución en esta materia, se sigan sosteniendo disposiciones constitucionales y civiles tan cuestionables y, además, violatorias de Derechos Humanos. Pero ahora, volviendo al tema de la codificación civil, tenemos principalmente que los artículos 42°, 43° y 44° del Código Civil son los que, en esencia, tratan la capacidad e incapacidad de ejercicio de las personas. De manera tal que el artículo 42° establece que "tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad saldo lo dispuesto en los artículos 43° y 44°," mientras que los numerales 2 y 3 del artículo 44° sostienen, respectivamente, que los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad son incapaces relativos. En razón a lo anterior, debemos entender que lo que hace el Código Civil es, en buena cuenta, señalar cuales son los sujetos a quienes se les debe, en razón de su condición, limitar la capacidad de ejercicio, entendida aquella como "la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas" o, a decir de nuestro Tribunal Constitucional, "como la facultad de atributo personal que permite producir por propia voluntad, efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose expresamente por sus consecuencias". Así las cosas, no cabe duda que si bien para el ordenamiento jurídico nacional las personas con

discapacidad tienen derecho a la “personalidad jurídica” (entendida como capacidad de goce) tienen restringida su capacidad de ejercicio en virtud de las disposiciones del texto civil. El Código Procesal Civil y la interdicción de personas con discapacidad se materializa con la aplicación del artículo 581° del Código Procesal Civil vigente que establece el proceso contencioso sumarísimo de interdicción disponiendo lo siguiente: “Artículo 581° La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2° del artículo 43 e incisos 2° al 7° del artículo 44 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitar no lo hubieran hecho.” Ahora bien, para los casos que son objeto de análisis de este trabajo (es decir los previstos en los artículos 43 Inc. 2°, 44. Inc.2° y 44 Inc.3° del Código Civil) el artículo 581° establece llevar a cabo un proceso de interdicción que le corresponderá interponer, según el artículo 583° del Código Procesal Civil a cualquier persona o, en su defecto, al Ministerio Público. Bajo este esquema, resulta conveniente resaltar que la legislación civil puede optar por dos modelos de atribución de incapacidad a saber:

(1) el modelo de atribución directa por status y

(2) el modelo funcional.

El modelo de atribución directa por status supone la existencia de tres elementos que son: una deficiencia (principalmente mental o intelectual); una sentencia judicial y la imposición de una interdicción. En tal sentido, se atribuye incapacidad de modo inmediato porque la

legislación dispone o enumeran quienes tienen “incapacidad” para ejercer válidamente actos jurídicos y, por el proceso de interdicción que básicamente afirma los resultados de un examen médico. Por otro lado, **el modelo funcional** se presenta en legislaciones en las que las personas con discapacidad mental e intelectual son consideradas incapaces solo si, por causa de su discapacidad, no pueden realizar una función específica. En efecto, para este modelo la restricción de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental o intelectual se aplica cuando se considera que su aptitud para tomar decisiones es deficiente.

Consecuentemente, del análisis previo se puede concluir que **la legislación civil peruana ha optado por un modelo de atribución directa por status** al establecer taxativamente en el Código Civil cuales son los sujetos que, por su condición, carecen de capacidad de ejercicio relativa o absoluta y que, por ende, deben ser declaradas interdictas. Producto de ello, miles de personas con discapacidad mental en nuestro país ven mermada su capacidad de decisión sobre sus propias vidas. En buena cuenta, su voluntad es sustituida por la de un tercero que, en el mejor de los casos, es un familiar que vela por sus intereses, aunque valgan verdades también existen casos en los que quienes deberían “proteger” a estas personas, se aprovechan de su “muerte civil”. Sin embargo, es necesario remarcar que ambos modelos de atribución de incapacidad (el de atribución directa por status y el modelo funcional) colisionan abiertamente, como veremos luego, con la propuesta del artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad (en lo sucesivo, “CDPD”) de Naciones Unidas ratificada por el Perú, pues las personas con discapacidad tienen derecho al pleno reconocimiento de su capacidad jurídica en ambas vertientes clásicas estudiadas por el Derecho Civil –esto es, capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Es decir, por un lado, “se debe asegurar su reconocimiento como sujetos de derecho y, por otro, debe reconocérseles la facultad para poseer bienes y disponerlos; reivindicar derechos ante los tribunales; autorizar tratamientos psiquiátricos, entre otras acciones”. Por tanto, no resiste análisis alguno que la regulación de la capacidad jurídica establecido por los artículos 44.2° y 44.3° del texto civil peruano resulta contraria al espíritu del artículo 12° de la CDPD en la medida que, lejos de reconocerles a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica (capacidad de ejercicio hablando estrictamente), establece una presunción general de incapacidad que, en términos prácticos, deviene en una equiparación de los conceptos “incapacidad” y “discapacidad. En consecuencia, estamos ante un escenario de negación de la autodeterminación y dignidad de este grupo vulnerabilizado, lo que implica desde luego, una violación al artículo 3° (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, “CADH”) al “desconocer en términos absolutos la capacidad de estas personas para ser titulares de derechos y obligaciones”.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue aprobada y abierta a firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 61/106 del 13

de octubre de 2006. Fue ratificada por el Perú el 31 de diciembre de 2007 mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE. Vigente desde el 3 de mayo de 2008. 7 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor e1 8 de julio de 1978. Fue ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978 cuyo instrumento de ratificación fue depositado el 28 de julio de ese mismo año.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, "TEDH") ha señalado que "la existencia de una deficiencia mental, incluso si se trata de una muy severa, no puede por sí misma ser la razón de una incapacitación absoluta".

El Tribunal Constitucional de nuestro país también ha hecho suyo este acertado razonamiento al señalar que la discapacidad mental no es sinónimo de incapacidad para tomar decisiones. En tal sentido, el supremo intérprete de nuestra carta política ha reconocido de manera inequívoca el derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad. Ante esta evidencia, resulta obvio que urge un cambio de paradigma o enfoque consistente en desplazar el obsoleto planteamiento de la "rehabilitación" y adoptar un enfoque social basado en los derechos, a través del cual, se reconozca que las personas con discapacidad (mental para el caso de los artículo del Código Civil bajo estudio) **tienen capacidad jurídica (capacidad de goce y de ejercicio)** y pueden tomar sus propias decisiones en todos los ámbitos de su vida, conforme al artículo 12° de la CDPD; al artículo 9° de la reciente Ley

General de la Persona con Discapacidad (en lo sucesivo, “LGPCD”) y al artículo 8° de su Reglamento, de los cuales se hablará en extenso más adelante. Pero de manera previa al análisis de la propuesta que se planteará, conviene revisar primero los llamados “modelos” de estudio de la discapacidad y sus implicancias para la configuración de la capacidad jurídica de este grupo de personas. Esencialmente, el análisis que a continuación se realizará se basará en el vigente y actual modelo social, sin perjuicio de mencionar algunas características propias de los modelos de prescindencia y médico con la finalidad de encontrar sus diferencias en enfoques y consecuencias.

En primer lugar, desarrollaremos conceptos básicos de la Incapacidad Absoluta en general. La situación por la que tiene que pasar una persona enferma para que le sean reconocidas las prestaciones de Incapacidad **Permanente** es, en muchas ocasiones, complicada. Comprueban de primera mano cómo la **Seguridad Social** deniega sus peticiones sistemáticamente, sin realizar una completa y correcta valoración de las enfermedades padecidas y las limitaciones producidas por estas y sin profundizar en la influencia que tales limitaciones plantean en la esfera laboral del solicitante. Sabemos que detrás de ese tipo de decisiones se esconden probablemente motivos puramente económicos y presupuestarios.

Si enfrentarse a un proceso judicial es penoso en la gran mayoría de los supuestos, en casos en los que se pide una ayuda en forma de pensión por no poder realizar la actividad laboral que se venía

ejerciendo, lo penoso se multiplica por diez, pues la persona imposibilitada, con el ánimo debilitado por las dolencias que sufre, comprueba que el Estado en lugar de prestarle el amparo necesario en esos complicados momentos, casi sistemáticamente deniega las solicitudes sin realizar un profundo y objetivo estudio de la reclamación que le es planteada.

Afortunadamente los Juzgados y Tribunales vienen corrigiendo el criterio austero que mantiene la Administración a la hora de reconocer prestaciones de **Incapacidad Permanente,** pero para ello hay que plantear las demandas de forma fundada y sustentadas en informes médicos que acrediten las limitaciones del trabajador y su influencia en el ámbito laboral.

Es conveniente que desde la propia solicitud realizada a ONP en reclamación de las prestaciones por Incapacidad Permanente, esta se sustente con informes médicos que reflejen de forma detallada las patologías padecidas y las limitaciones que estas generan en relación con las actividades laborales desempeñadas, o, en relación con cualquier actividad laboral, de esta forma, tendremos abierta incluso la posibilidad de que la solicitud planteada sea estimada en todo o en parte por la Seguridad Social y, en caso de denegarse, se habrá andado un buen camino para proseguir la batalla en el ámbito judicial.

Los Abogados que tratan habitualmente con personas enfermas saben lo mucho que implica tener una pensión que al menos les permita

no tener que añadir la penuria económica a su complicada situación personal y, en muchas ocasiones, familiar.

2.2.1. Conceptos de incapacidad absoluta

"La capacidad puede ser de goce y de ejercicio. "Las incapacidades de ejercicio pueden ser **absolutas**, en los casos de los menores de 16 años y los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento y **relativas**, tratándose del menor adulto, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental, los pródigos, los que incurren en mala gestión los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa una interdicción civil.

"*Incapacidad Absoluta*. Los actos de las personas que la padecen no pueden engendrar el más leve efecto jurídico. (...) Los incapaces de obrar, sea su incapacidad absoluta o relativa necesitan de un *representante legal* (el padre o tutor) que se encargue de realizar para el incapaz y en nombre suyo los actos necesarios, o de reforzar mediante su aprobación la voluntad del tutelado, si la incapacidad no es absoluta..."

"Los negocios jurídicos del incapaz, en caso de incapacidad absoluta, son todos nulos, lo mismo los ventajosos que los perjudiciales, y no dejan de serlo porque su autor recobre más tarde la capacidad. La autorización del representante legal es ineficaz para estos casos..."

Esta categoría de las incapacidades generales comprende a los menores impúberes, a los dementes que no se pueden dar a entender

por escrito. Estas personas que, como tales, están dotadas de la capacidad jurídica que las habilita para ser titulares de derechos y obligaciones, carecen de la capacidad legal. Su falta de desarrollo psico-físico, o sus afecciones sicopáticas o su ineptitud para entender o hacerse entender, según el caso, determinan que la ley las excluya del comercio jurídico, en forma tal que no puedan intervenir en éste sin el ministerio de otras personas, sus padres o guardadores, quienes tienen que obrar directamente en representación de aquéllas.

2.2.2. Artículo 43º del Código Civil Peruano

Son absolutamente incapaces:

- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Los casos de incapacidad absoluta contenidos en los dos incisos del artículo cuadragésimo tercero tienen como fundamento la edad o la salud de las personas. En el primero de ellos de aloja la causal de la edad, mientras que el otro restante se refiere a la salud. La edad y la salud son las únicas razones atendibles para privar a la persona de la capacidad de ejercer, por sí misma, los derechos que le atribuye el ordenamiento jurídico en tanto sujeto de derecho.

En efecto, el propio inciso al mismo tiempo que prescribe la incapacidad absoluta de ejercicio en razón de la edad de la persona, establece que el menor podrá ejercer, pero sí mismo, aquellos actos

determinados por la ley. A esta excepción hay que agregar la referida en el art. 1358°, que permite a los incapaces no privados de discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. No es excepcional que un menor de edad escolar adquiera útiles de escritorio o golosinas o se movilice a su centro de estudios utilizando un medio de transporte público. Es obvio que en ambos ejemplos el menor celebra aquellos contratos a que, alude el art. 1358º antes glosado.

Cabe anotar que el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, como lo señala el artículo 457° C.C., el menor puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de dicha actividad dentro de los amplios alcances fijados por dicho numeral.

En el inciso segundo se precisa que para declarar la incapacidad absoluta de ejercicio se requiere falta de discernimiento. Esta nota es relevante para el efecto de distinguirla de la incapacidad relativa, que es aquella en la que se encuentran los que sólo adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. El caso del inciso segundo supone permanencia del estado que priva al sujeto de discernimiento, aun cuando la dolencia sea susceptible de ulterior curación.

El juez, valiéndose de los auxiliares de la justicia, deberá determinar si la persona se encuentra privada de discernimiento y, por lo tanto, incapacitada para ejercer por sí misma sus derechos.

2.2.3 Representación legal de incapaces (Art. 45 del C.C)

Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Por la patria potestad, el padre y la madre del menor, conjuntamente, tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores y de representarlos. Así lo establecen los artículos 418° y 419° C.C. Tratándose de los hijos extramatrimoniales la patria potestad se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido, y si ambos lo hubieren hecho, corresponde al juez de menores determinar a quien se atribuye la patria potestad según lo indica el art. 421°. El menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará un tutor que cuide de su persona y bienes.

Por su parte están sujetas a curatela las personas a que se refiere el art. 464°. El numeral 576°, tal como se indicó oportunamente, señala la función propia del curador en relación con la persona incapaz.

2.3 INCAPACES ABSOLUTOS POR ENFERMEDADES MENTALES EN EL PERÚ

Es necesario, que este concepto sea profundizado por ser el *“sujeto de estudio”* de la presente investigación de la normativa civil peruana.

Según establece nuestro Código Civil en su artículo 43° inciso 2) Los que por cualquier causa estén privados de su discernimiento (*El*

término discernimiento se forma a través del sufijo en latín mentum que significa "medio o instrumento" y discernir que también proviene del latín discernere y expresa "distinguir o separar". El acto de discernir es una virtud ligada a un juicio moral que permite al individuo valorizar si una acción es buena o mala. El discernimiento como juicio moral es la habilidad o capacidad que posee una persona para certificar o negar el valor moral de una determinada situación. La palabra discernir es sinónimo de juicio, perspicaz, distinguir, comprender, es decir, cuando una persona discierne algo debe de comprender, distinguir lo bueno y lo malo, lo correcto e incorrecto y ser prudente en su manera de actuar.); en este grupo de personas se ubican los incapaces absolutos por enfermedades mentales.

2.3.1. Enfermedades mentales en el Perú

Señalaremos las enfermedades mentales, las mismas que son por enfermedades propiamente mentales de nacimiento, y otras enfermedades mentales producidas por otro factor.

Enfermedades que afectan el cerebro El cerebro es el órgano responsable de la supervivencia del organismo. Nuestro cerebro elabora el pensamiento, planifica y razona, almacena nuestros recuerdos, regula la función de los órganos y controla las actividades físicas como caminar, oír, hablar, ver, comer, dormir y respirar, etc. Cuando el cerebro está sano, funciona de forma rápida y automática. Sin embargo, cuando ocurren problemas, los resultados pueden ser devastadores.

El origen de las enfermedades del cerebro más comunes se tratan en el área de neurocirugía, se pueden dividir en cinco grandes grupos: Vascular, Tumoral, Infeccioso, Degenerativo y Traumático. En ocasiones, hay combinaciones de estos grupos en una sola manifestación clínica. En los siguientes apartados se ampliaran las características y ejemplos de cada uno de ellos.

Una de las Principales Causas es: **El Daño Cerebral Adquirido (DCA)**, son aquellas lesiones que se produce en las estructuras cerebrales de forma súbita, en personas que habiendo nacido sin ningún tipo de daño en el cerebro, sufren en un momento posterior de su vida lesiones en el mismo, como consecuencia de un accidente o una enfermedad. Ello da lugar a un menoscabo de su salud y su calidad de vida. Enfermedades que Afectan el Cerebro.

Enfermedades Infecciosas Diversas infecciones pueden atacar el cerebro. En nuestro país la más frecuente es la neurocisticercosis cerebral, conocida como la enfermedad de parásito del cerdo. A pesar de su nombre, no se produce directamente por la ingesta de carne de cerdo, sino más bien, por contaminación de los alimentos con heces de una persona que tiene teniasis intestinal. Los síntomas de este problema son dolor de cabeza, convulsiones, trastornos de la vista, deterioro del estado de conciencia, etc. Las complicaciones más temidas son la infestación masiva y la obstrucción del sistema ventricular, conocida como hidrocefalia. El tratamiento de la cisticercosis consiste en antiparasitarios, esteroides, anticonvulsivantes y en ocasiones procedimientos quirúrgicos. Otros tipos de enfermedades infecciosas del

cerebro que vemos en nuestro país son: tuberculosis cerebral, meningitis con encefalitis, toxoplasmosis, criptococosis, abscesos cerebrales, etc.

Enfermedades Degenerativas En este grupo de patologías se encuentran trastornos de movimiento como la Enfermedad de Parkinson, enfermedades desmielinizantes como la esclerosis múltiple y trastornos de la memoria como la enfermedad de Alzheimer. Son enfermedades progresivas, discapacitantes, crónicas, que necesitan tratamiento de soporte a largo plazo. La mayoría de estas enfermedades son vistas por Neurología. El rol de la neurocirugía se limita a biopsias, colocación de neuromoduladores, manejo del dolor, etc.

Enfermedades Tumorales. Los tumores cerebrales se caracterizan por el crecimiento anormal de tejido dentro o adyacente al tejido cerebral normal, lo cual produce síntomas derivados de la presión aumentada en el cráneo, o la compresión y destrucción de los tejidos cerebrales normales. Debido a su localización, todos los tumores cerebrales se consideran malignos, aunque, dependiendo de sus características microscópicas y su agresividad, hay algunos que pueden ser curables por medio de extirpación quirúrgica, como por ejemplo los meningiomas y los adenomas de hipófisis Dentro de los métodos de diagnóstico para estas enfermedades se encuentran el TAC cerebral y la resonancia magnética nuclear, Las herramientas de tratamiento de estos tumores incluyen cirugía, quimioterapia, radiación en forma de radiocirugía, radioterapia, braquiterapia (radiación local desde adentro

de la lesión), y nuevas técnicas que influyen sobre la capacidad de los tumores de crear nuevos vasos sanguíneos que nos nutran. También se está experimentando en la genética de los tumores para alterar estos patrones de crecimiento. Enfermedades que Afectan el Cerebro

Enfermedades Traumáticas Una lesión cerebral traumática (TBI, por sus siglas en inglés) puede producirse cuando la cabeza recibe un golpe fuerte y violento, que hace que el cerebro se golpee contra el interior del cráneo. También puede producirse cuando un objeto, como una bala o un pedazo del cráneo, penetra en el cerebro. Consecuencias. Estos tipos de lesiones pueden provocar sangrado o hinchazón en el cerebro, así como provocar daños en las células nerviosas. Esto altera la manera en que el cerebro envía mensajes al resto del cuerpo. Las lesiones cerebrales traumáticas pueden afectar la conducta, el habla, la sensibilidad y el movimiento. Tratamiento. Una prueba neurológica. Se le pedirá que responda algunas preguntas, que siga algunas instrucciones y que mueva los brazos y las piernas. Esta prueba puede ayudar al médico a determinar cuán grave es su lesión cerebral. También es posible que le realicen otras pruebas, como una tomografía computarizada (CT, por sus siglas en inglés) o una resonancia magnética (MRI, por sus siglas en inglés Estas determinan el tipo de lesión, fractura del cráneo, o sangrado, moretones o coágulos de sangre en el cerebro.

Enfermedades Vasculares (ECV) comprenden un conjunto de trastornos de la vasculatura cerebral que conllevan a una disminución

del flujo sanguíneo en el cerebro (flujo sanguíneo cerebro o FSC) con la consecuente afectación, de manera transitoria o permanente, de la función de una región generalizada del cerebro de una zona más pequeña o focal, sin que exista otra causa aparente que el origen vascular. Consecuencias. La enfermedad cerebrovascular trae como consecuencia procesos isquémicos (de falta de sangre) o hemorrágicos (derrames), causando o no la subsecuente aparición de sintomatología o secuelas neurológicas. La hipertensión arterial (HTA) es el principal factor de riesgo de la enfermedad cerebrovascular. Tratamiento. La atención médica a los pacientes afectados súbitamente por una enfermedad cerebrovascular debe ser urgente y especializada, preferiblemente dentro de las primeras 6 horas del inicio de los síntomas.

Los síntomas de enfermedades cerebrales varían ampliamente dependiendo de múltiples factores como son la causa de la lesión, su magnitud, las regiones afectadas o la aparición de complicaciones secundarias, entre otras. En algunos casos, el daño es permanente. En otros, los tratamientos como la cirugía, medicinas o fisioterapia pueden corregir el origen de la enfermedad o mejorar los síntomas.

La intervención psicológica aporta un importante valor tanto a nivel neuropsicológico con el enfermo, en el ámbito clínico y psicosocial como en el trabajo con cuidadores, y a nivel de asesoramiento y formación de centros e instituciones; labores que están siendo especialmente valoradas desde la plataforma de asociaciones de familiares de afectados.

2.3.1.1. Ejemplos de algunas enfermedades mentales de origen y de diverso factor

- Retraso mental grave y moderado.
- Síndrome de Down
- Alzhéimer
- Demencia
- Mononeuropatía
- Desreflexia
- Tetraplegia, monoplegia, hemiplejia
- Hidrocefalia
- Encefalitis.

2.3.2. El derecho de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico internacional y nacional

2.3.2.1. **Generalidades de la discapacidad**.

El concepto de discapacidad no es estático, ha mutado en el tiempo y sigue en permanente evolución. Hasta el siglo XIX la discapacidad era vista como una maldición, un castigo divino. Las personas con discapacidad eran erróneamente llamadas “minusválidas”, “inválidas” o “impedidas”, y eran rechazadas por la sociedad. Desde 1940 hasta 1990 se pasó a un modelo médico y/o de rehabilitación, en el cual la persona con discapacidad era definida como enferma, necesitada

de atención médica especializada por considerar que tiene un “problema”. Eran vistas desde un punto de vista paternalista y asistencialista, lo cual invisibilizaba sus derechos, requiriendo en todo momento la intervención de un tercero que actúe en su nombre. A partir del siglo XXI, el concepto de la discapacidad ha venido experimentando cambios, entendiéndose ahora como una cuestión de **derechos humanos.** Así, la discapacidad es abordada desde la dignidad intrínseca de todo ser humano, y la valoración y el respeto de las diferencias. El problema ya no se sitúa en las personas con discapacidad, sino en la sociedad que no considera ni tiene presente sus necesidades. **(3)** Asimismo, No se puede generalizar a la “discapacidad” como si existiera solo una, sino de “discapacidades” al existir diferentes tipos de deficiencias y barreras. También es un error considerar que todas las personas con discapacidad tienen el mismo grado de afectación y que requieren el mismo tipo de atención.

Actualmente, se reconoce la diversidad en la condición de las personas con discapacidad, su derecho a tener calidad de vida y se advierte la necesidad de eliminar barreras sociales y físicas que entorpecen su participación en la sociedad que se centra en la dignidad y respeto a las personas y no en sus deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Bajo este paradigma entendemos que una persona puede tener una deficiencia pero la sociedad, con impedimentos sociales, culturales y físicos, crea una discapacidad en sí al dificultar su inclusión y participación plena y efectiva en igualdad de condiciones.

No obstante el reconocimiento de sus derechos, en la práctica las personas que viven con alguna discapacidad han visto restringido el ejercicio de sus derechos, siendo históricamente objeto de discriminación por los prejuicios que los rodean, lo que ha determinado que las (personas con discapacidad) PCD no cuenten con las mismas oportunidades que la población en general, enfrentándose a barreras de mayor intensidad para el desarrollo de su vida. Entre otros aspectos, las PCD encuentran dificultad para recibir educación y una atención de salud adecuada, para conseguir empleos, participar en la política, económica y social del país, y desenvolverse en el ámbito personal, e incluso para el ejercicio de sus derechos políticos. Estas dificultades varían en atención a distintos factores, como por ejemplo, el sexo y la situación económica. El Informe mundial sobre la discapacidad, elaborado por la Organización Mundial de la Salud, ha destacado los siguientes obstáculos: políticas y normas insuficientes; actitudes negativas (creencias y prejuicios); prestación insuficiente de servicios; problemas con la prestación de servicios; financiación insuficiente; falta de accesibilidad en términos generales para lugares públicos, sistemas de transporte, información; falta de consulta y participación en las decisiones que los afectan de manera directa; y la falta de datos y pruebas.

---

(3) PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFFI. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cinca: Madrid, 2007.

En el mundo el 15% de su población vive con alguna forma de discapacidad, constituyendo la minoría más grande del mundo.

En el Perú, se afirma que el 5.2% (un millón y medio) de la población tiene alguna discapacidad, aunque de aplicarse a nuestro país el porcentaje señalado por la Organización Mundial de la Salud, las cifras serían mucho mayores. Las circunstancias en que vive la mayoría de este colectivo, es de ser víctimas de múltiples y agravadas formas de discriminación, en el acceso a la educación, a los servicios de salud, en el trabajo, transporte, entre otros. Asimismo, las personas con discapacidad deben hacer frente a diversas barreras físicas, sociales y culturales que les impiden gozar plenamente de las libertades y derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la libertad de tránsito, el derecho al trabajo, la capacidad jurídica y la accesibilidad universal; los que suceden por el desconocimiento y el incumplimiento de los derechos reconocidos a su favor.

El Perú no es ajeno a ésta realidad y, conforme se aprecia de los informes de la Defensoría del Pueblo, de organizaciones de y para personas con discapacidad, como SODIS, CONFENADIP, SPSD, se vienen registrando vulneraciones a los derechos de las personas con discapacidad, tales como la discriminación por razón de discapacidad, la denegación de ajustes razonables, el reconocimiento a su capacidad jurídica, la accesibilidad, acceso a la justicia, entre otros, por ello, es necesario conocer en forma sucinta, los aspectos más importantes de las normas vigentes a nivel internacional y nacional que regulan sus derechos, especialmente la Convención sobre los Derechos de las

personas con discapacidad, la nueva Ley General de las Personas con discapacidad, así como, jurisprudencia sobre el tema.

Las Naciones Unidas. El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la CDPD)** y su Protocolo Facultativo, convirtiéndola en el octavo tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Estado peruano ha ratificado ambos instrumentos mediante el Decreto Supremo 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre del 2007, obligándose a garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la CDPD a través de sus diversos sectores y niveles.

2.3.2.2. La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La CDPD representa un cambio histórico para mujeres y hombres con discapacidad en todo el mundo, al asumirse el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, que atañe de manera directa a ese 15% de la humanidad más olvidado y discriminado a lo largo de la historia en la casi totalidad de las sociedades humanas. En la actualidad constituye el documento que representa el mayor avance sobre **Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (en adelante PCD)** y el marco Jurídico aplicable en el País. Es considerada uno de los instrumentos de derechos humanos técnicamente más avanzados de cuantos se han desarrollado hasta la fecha.

Su objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

La CDPD constituye, además, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante de protección de derechos humanos que aborda de manera específica los derechos de las personas con discapacidad, establece las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad. Así, si bien la Convención no reconoce ningún nuevo derecho humano a las personas con discapacidad, aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de estas personas.

La discapacidad es una categoría social en permanente cambio cuya interpretación se encuentra íntimamente influida por las actitudes y paradigmas de las sociedades hacia las personas con esta condición. Por ello, se distinguen distintos modelos o paradigmas históricos de tratamiento a las PCD (modelo de prescindencia, modelo médico y modelo social), los cuales tienen implicancias significativas en la concepción de la discapacidad y el reconocimiento de derechos.

El modelo social que constituye una respuesta directa a los modelos previos, entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y barreras debidas a la

actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

De este modo, bajo el modelo social no son las características individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar adecuadamente que las necesidades de las PCD sean tenidas en cuenta. Esta distinción es de suma importancia pues al tomarse conciencia de los factores sociales que integran el fenómeno de la discapacidad, las soluciones no se elaboran apuntando individualmente a la persona afectada, sino más bien se encuentran dirigidas hacia la sociedad, o teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida. El cambio de paradigma descrito apuntala también la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida.

La CDPD aboga por la autonomía personal de las personas con discapacidad, incluyendo la libertad de tomar sus propias decisiones.

La autonomía, como valor asociado a la dignidad, entraña la apertura un espacio libre o sin restricciones para la acción voluntaria basada en la conciencia y las elecciones libremente adoptadas de la persona. Las sociedades, sin embargo, a menudo no toman en serio la autonomía de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, limitando al mínimo sus espacios de toma de decisiones o restringiéndola por completo. En ese sentido, el modelo social o de

derechos humanos debe constituir el trasfondo de interpretación de todos los derechos reconocidos por la CDPD, incluyendo el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento de su capacidad jurídica.

2.3.2.3. **Definición de discapacidad**.

La discapacidad se define como la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y las barreras debidas a la actitud y al entorno que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La causa de la discapacidad no está en la persona o sus características físicas o mentales sino en la sociedad, por ello, los problemas que enfrentan las PCD no son un resultado de la deficiencia de la persona sino más bien consecuencias de las barreras existentes en la sociedad, las cuales pueden ser físicas, de actitud, jurídicas, informativas, o cualquier otro tipo de barrera que provenga de la falla de una sociedad o cultura en darle cabida a una persona. Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de hacer frente a los obstáculos creados por la falta de conciencia del propio Estado y la sociedad hacia la diferencia que representa la discapacidad; todo con el fin de promover y garantizar el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas. El paradigma de mayor innovación que establece la CDPD. Se dirige a combatir la discriminación y asegurar la igualdad de oportunidades, contiene el mandato de transformación de entornos; es decir, se pasa de instalaciones, bienes y servicios que son inaccesibles y excluyentes para muchos a la

obligación de diseñar, adecuar y construir entornos, instalaciones, bienes y servicios que deben ser incluyentes y accesibles para todos. Asimismo, corresponde a este paradigma la existencia de obligaciones tanto de entidades públicas y privadas de brindar ajustes razonables, adecuados a las necesidades individuales de las personas con discapacidad, para el ejercicio pleno de todos sus derechos. Su objetivo es ofrecer entornos y productos cuyo uso resulte cómodo, seguro y agradable para todos, incluidas las PCD; vale decir, aspira a la realización de la accesibilidad universal. Así también, la accesibilidad física o informativa es un medio que el Estado debe garantizar para que las personas con discapacidad física o sensorial puedan ejercer, sin limitaciones, los derechos a la libre movilidad o de información y expresión; la rampa no es un derecho, es un instrumento para el disfrute de un derecho; lo mismo podemos decir del Braille y de la lengua de señas de nuestros países, o el uso de programas informáticos y tecnología como lectores de pantalla, magnificadores, telelupas, que permiten que la PCD se desenvuelva en condiciones de igualdad frente a los demás. Los ajustes razonables implican adaptar determinado entorno o servicio a las necesidades específicas de una PCD; constituyen medidas específicas de accesibilidad para un caso concreto, que se adoptan cuando no ha sido posible prever el diseño para todos. Cabe indicar, que el denegar los ajustes razonables también constituye discriminación por motivo de discapacidad. Así, mientras que el modelo tradicional propone un sistema de “representación” o “sustitución” en la toma de decisiones (a través de interdicción o la curatela), el modelo propuesto por la

Convención aboga por un sistema de “apoyos”. La Convención, de este modo, obliga a los Estados a replantear la manera como han venido abordando la “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad en sus legislaciones internas.

Obligaciones del Estado. Es importante precisar que no es que la Convención haya creado nuevos derechos a favor de las personas con discapacidad, pues son los mismos que se encuentran reconocidos para todas las personas. Lo que sucede es que al existir entornos sociales y culturales que subestiman, discriminan y excluyen a las PCD, y de entornos físicos no accesibles y servicios no accesibles, se multiplican las violaciones de derechos humanos de las personas con discapacidad, por lo que era indispensable que la Convención no sólo aclare que los Estados no deben discriminar a las personas con discapacidad, sino que también establece las numerosas medidas que los Estados deben adoptar a fin de crear un entorno que permita que las personas con discapacidad gocen de verdadera igualdad en la sociedad. Por ejemplo, la adopción de medidas para asegurar la accesibilidad del entorno físico y de la tecnología de la información y las comunicaciones. Asimismo, los Estados están obligados a lograr que haya mayor conciencia, promover el acceso a la justicia, asegurar la movilidad personal y recopilar datos desglosados en relación con la Convención. De esta forma, la Convención profundiza mucho más que otros tratados de derechos humanos en la determinación de las medidas que los Estados deben adoptar a fin de impedir la discriminación y lograr la igualdad para todos.

2.3.2.4. Nueva Ley General de la persona con discapacidad, Ley N° 29973.

Publicada el 24 de diciembre del 2012, ha significado la incorporación a nivel legislativo del estándar internacional que representa la CDPD. Con anterioridad, el Estado peruano había aprobado una serie de normas que regulaban el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los distintos sectores y niveles de gobierno en esta materia, pero con una clara orientación hacia el paternalismo, la rehabilitación y la seguridad social. La Ley 29973, por el contrario, tiene como marco de referencia a los principios de autonomía, igualdad y participación, proponiendo el respeto, protección y realización de todos los derechos fundamentales de todas las personas con discapacidad. Esta Ley **define a la "persona con discapacidad, como aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales, o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás**. Este nuevo marco de referencia es significativo. **En primer lugar**, la ley considera a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, con ciudadanía plena, rompiendo el paradigma de la persona que es objeto de medidas de protección y asistencia. **En segundo lugar**, la Ley visibiliza violaciones que hasta hoy habían sido asumidas como naturales en nuestra sociedad, como la existencia de la figura de la interdicción o la

inexistencia de ajustes razonables en el empleo. **En tercer lugar**, la Ley cuestiona las políticas sectoriales y locales existentes, y obliga a los distintos sectores y niveles de gobierno a incorporar las demandas y las necesidades de las personas con discapacidad. **En cuarto lugar,** la Ley aboga por la inclusión de la persona con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, desde la educación hasta el deporte, reconociendo expresamente su derecho a vivir en la comunidad. **Finalmente**, la Ley propone una nueva agenda política y social para el Estado peruano: garantizar la igualdad en el respeto, protección y realización de todos los derechos humanos, independientemente de la diferencia de la discapacidad.

2.4. PROCESO DE INTERDICCIÓN

Cabe precisar que estamos de acuerdo con el proceso de interdicción para los incapaces absolutos, tal y como lo señala nuestro código civil; lo que desarrolla la presente tesis es una propuesta de modificar el Código procesal Civil 581° teniendo la interdicción como requisito para que los incapaces absolutos puedan proceder con realizar a través de sus representantes legales, un proceso de alimentos, que por justicia deberían tener con mayor celeridad y apoyo de parte del gobierno peruano.

El proceso de interdicción es un proceso de jurisdicción voluntaria, pues con este no se busca resolver un litigio, ni controvertir un derecho sino que se declare que una persona no está en capacidades mentales para ejercer su capacidad de ejercicio.

Las personas mayores de edad que sufren de alguna incapacidad mental deben ser declaradas tales judicialmente, a través de un juicio de Interdicción mediante el cual, además se le nombrará un cuidador o representante conocido como curador.

En el Perú esta figura jurídica está regulada por el Código Civil Sección IV referido al amparo familiar, dentro del Título II denominado Instituciones Supletorias de Amparo, en el Capítulo Segundo concerniente a la Curatela y por los artículos 408 inc.1, 581 a 584 y 683 del Código Procesal Civil.

El Código Civil a partir del artículo 564 precisa qué personas están sujetas a curatela, efectúa precisiones respecto a los tipos o formas de curatela, enumera sus requisitos y detalla también el orden de prelación para la curatela legítima entre otras precisiones.

En nuestro país, quienes pidan la declaración judicial de incapacidad de un familiar expondrán los hechos ante el juez de familia o mixto (de acuerdo a la distribución jurisdiccional de cada corte), acompañando un certificado médico sobre el estado mental del demandado, presunto interdicto, así como los nombres y direcciones de los familiares más próximos a éste.

El informe médico deberá contener el diagnóstico y calificación de la enfermedad. Debería además incluir pronóstico de la dolencia para mayor precisión en la elaboración de la sentencia.

Luego de notificar en condición de demandados a los familiares más cercanos, con su contestación o sin ella, se citará a audiencia

única, y se remitirán los autos al Ministerio Público para el dictamen de ley. Devueltos los autos por el Ministerio Público, la causa es sentenciada y elevada enseguida en consulta a la Sala de Familia en aplicación estricta a lo dispuesto por el artículo 408 inciso 1 del CPC.

Mediante la interdicción judicial, lo que se busca es ponerle límites a las facultades con las que cuentan los seres humanos, una vez adquirida la mayoría de edad. Tal como lo establece el artículo 581º: "La demanda de interdicción procede en los casos previstos por el inciso 2) del artículo 43º del inciso 2) al 7) del artículo 44º del Código Civil".

Se entiende por interdicción a la prohibición absoluta o relativa decretada judicialmente en los casos previstos por ley, de realizar ciertos actos o de asumir determinada conducta referente a los casos de incapacidad. Es la ley quien contempla que se les nombre representantes legales para el ejercicio de sus derechos civiles, según las normas referentes a la Patria Potestad, Tutela y Curatela.

Es necesario este trámite judicial cuando la persona no pueda expresar su verdadera voluntad ya que realiza un acto carente de valoración subjetiva y que debe ser protegido por nuestro derecho vigente. También por el daño progresivo en mayor o menor grado de las facultades intelectuales y físicas. Ejemplo: por padecer de alzheimer.

El Proceso de Interdicción

El proceso se inicia, con la finalidad de que se declare judicialmente dicho estado de incapacidad y se adopten las medidas pertinentes que tiendan a proteger a la persona y bienes del interdicto.

Ejemplo: la designación del curador encargado de cuidar de él y de su patrimonio, así como, de representarle o asistirle en sus actos e inclusive, de procurar su rehabilitación.

Para todo ello, es necesaria la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se extiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia judicial correspondiente. Si se tratara de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan.

La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho. Al no tener Abogado el Juez nombra a un curador procesal (abogado) para que lo represente durante todo el proceso.

2.4.1. Casos en que procede

Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento que viene a ser la ineptitud para percibir o distinguir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral, lo que se determina con un examen psicológico y de comprensión. Realizado por un perito médico.

“Los retardados mentales, es poseer un coeficiente intelectual inferior a 69 puntos y se mide con pruebas reconocidas. No es una enfermedad sino un defecto que se puede deber a múltiples causas. Quien tiene retardo mental no elabora correctamente su pensamiento y,

por tanto, puede no tener el grado de formulación y expresión de voluntad que el derecho considera adecuado para actuar por sí mismo."

Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, viene a ser el detrimento o menoscabo, de las facultades mentales, se realice de manera consecutiva y sucesiva, es el no poder ejercer sus derechos de forma útil, eficiente y adecuada, para que, así, gobierne su vida de forma normal, donde encontramos dos características: Deterioro mental normal, que se produce por el avance de la edad adulta y que se inicia aproximadamente a partir de los veinticuatro años. Deterioro mental patológico, que se produce por afección orgánica y que tiene la característica de no ser reversible. El caso más conocido es el de la arterioesclerosis en la tercera edad.

Los pródigos, puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible. La libre disposición de los bienes está regulado de acuerdo a la descendencia o no, con la que cuenta.

Los que incurren en mala gestión, debe determinarse si es que el sujeto demandado ha perdido más de la mitad de sus bienes. Si tiene cónyuge o heredero forzoso. Debe quedar claro fehacientemente que la pérdida ha sido producto de la mala gestión.

Los ebrios habituales, donde la persona se pierde sus facultades psicomotrices o no puede gobernar su vida, esta situación produce con mucha frecuencia "psicosis paranoide, delirium, alucinosis, sicosis con pérdida de discernimiento".

Los toxicómanos, viene a ser el drogadicto, que tiene que seguir consumiendo droga. La toxicomanía genera tres efectos: Dependencia, de naturaleza psíquica. Habituación, de naturaleza biológica. Síndrome de abstinencia o privacidad, cuando se suprime la droga. Se ha establecido determinadas reglas comunes, al momento de nombrar curador a los ebrios habituales y a los toxicómanos.

2.4.2. La demanda de interdicción

Una demanda de interdicción deberá reunir los requisitos de admisibilidad y procedencia que se exigen para toda acción civil, siendo los artículos 130º, 424º, 425º y 582º del Código Procesal Civil.

Además de los anexos se acompaña: Si se trata de pródigos y de los que incurren en mala gestión: el ofrecimiento de no menos de tres testigos y los documentos que acrediten los hechos que se invocan. En los demás casos: la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que se entiende expedida bajo juramento o promesa de veracidad, debiendo ser ratificada en la audiencia respectiva.

Para que estén sujetos a curatela, lo que implica la previa declaración de interdicción, los incapaces se requiere: Que no puedan dirigir sus negocios; que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes, o; que amenacen la seguridad ajena.

En lo que concierne al pródigo, para que una persona pueda ser declarada como tal es preciso: Que tenga cónyuge o herederos forzosos; y, que dilapide bienes que excedan su porción disponible.

En lo que toca a los que incurren en mala gestión, que para que un sujeto pueda ser declarado incapaz, es necesario: Tener cónyuge o herederos forzosos; y que haya perdido más de la mitad de sus bienes por mala gestión (la misma que será apreciada prudentemente por el Juez, art. 585º -in fine- del C.C.).

2.4.3. Características

La denominación corresponde al tipo de proceso donde se debaten diferentes grados o causales de incapacidad; tramitada en la vía sumarísima.

Está vinculado a la privación necesaria de la capacidad para atender a sus propios intereses.

Es un acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a una especial tutela, que exige el proceso respectivo, siendo necesario para tal declaración, la prueba de la existencia de tal incapacidad.

Es un remedio para restringir la capacidad de ciertas personas, para evitar que los actos que realicen les puedan perjudicar patrimonialmente a ellas o a su familia.

2.4.4. Efectos

Representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

El acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz.

El acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente.

Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad conyugal si el otro está impedido por interdicción u otra causa.

La patria potestad se suspende por interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.

Están sujetas a curatela las personas que adolecen de incapacidad absoluta, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; y los que adolecen de incapacidad relativa que son los retardados mentales; los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos; los que incurren en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómano; y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil).

El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquel.

El pródigo, el mal gestor, el ebrio natural y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentamiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuento a determinados actos de administración.

Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron.

Los actos del pródigo y del mal gestor no pueden ser impugnados por esta causa. Los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.

No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad.

En las sentencia que declara la interdicción de una persona con discapacidad ya sea provisoria o definitiva, también el juez podrá decretar las medidas de protección personal que considere necesarias y las terapéuticas, pues con este proceso no solo se busca la declaración de interdicción, sino también si es posible la rehabilitación de la persona.

2.4.5. Clases de legitimidad en la interdicción: Activa y Pasiva.

Tratándose de legitimidad activa pueden solicitar la interdicción:

- Del incapaz, su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.
- La curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados.
- Solamente del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependen de él, y por excepción, el Ministerio

Público si o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

- Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda de interdicción puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona.

Tratándose de legitimidad pasiva, pueden solicitar la interdicción:

- No solo pueden ser mayores de edad, sino también menores, mayores de 16 años, que hubiesen adquirido la capacidad por matrimonio u obtención del título oficial, así como contra aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho.

- La persona cuya interdicción se demanda actúa el proceso por si misma o mediante representante designado por ella, sin perjuicio de los exámenes psíquicos-físicos que puedan realizarse sobre el presunto interdicto a fin de determinar la existencia o no de la correspondiente causal de interdicción.

2.5. EL PROCESO DE INTERDICCIÓN COMO OBSTACULO PARA UN ACCESO JUSTO AL DERECHO DE ALIMENTO EN INCAPACES ABSOLUTOS

Se tiene que en el artículo 43° del código civil peruano señala en su inciso 2) *"Los que por cualquier causa se encuentra privados de discernimiento",* en este universo se encuentran los que adolecen de

ciertas enfermedades mentales que les impiden tener el "discernimiento"; en el Perú, en nuestra región, no existe un registro en ninguna de la instituciones del estado sobre la población exacta de personas incapaces absolutos por enfermedades mentales, y esto es lamentable; por lo que tuvimos que hacer investigaciones que más adelante se muestra, de la gran población de incapaces absolutos, y entre ellos, aquellos que no han tenido justicia por parte del estado y su sistema judicial. Dentro de nuestras investigaciones y testimonios que recopilamos, pudimos corroborar que las madres que demandaron al progenitor irresponsable que había dejado al abandono a su hijo que sufría de incapacidad absoluta por contar con una enfermedad mental, no tenían como resultado justicia; por que al momento de demandar, el juez civil al resolver, lo declaraba improcedente basándose en el artículo 564° del código civil que señala "Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43°, inciso 2, 44° incisos 2 a 8; y dentro de este grupo se encuentran los incapaces absolutos por enfermedades mentales; así mismo en el artículo 565° en su inciso 2) señala que la curatela se instituye para la administración de bienes; y en el artículo 566° señala que **"No se puede nombrar curador para los incapaces sin que proceda declaración judicial de interdicción".** Por lo que, la razón por la que los jueces declaran improcedente las demandas de alimentos presentadas por las madres de los incapaces absolutos por enfermedades mentales, es porque no tienen estas una declaratoria judicial de interdicción, y esto es una sentencia judicial que señala que cierta persona con incapacidad absoluta es incapaz absoluto por una

enfermedad mental. Lo que nosotros estamos en desacuerdo es de ello; el Derecho de alimentos es un derecho fundamental, por que engloba todo una lista de derechos imprescindibles de la persona humana; al declarar improcedente una demanda de alimentos por no contar con una sentencia judicial de Interdicción, es injusta, abusiva y discriminatoria; toda vez que las personas que solicitan una pensión de alimentos en general son personas con escasos recursos económicos, y no cuentan con la capacidad económica para proceder con un proceso de interdicción que a su vez que costosa y engorrosa. Se entiende que el código civil regula La Interdicción por varios motivos ya señalados, sobre todo para la administración eficiente y legal de los incapaces, pero esto genera un abuso y una injusticia para aquellas personas más vulnerables, más necesitadas y más golpeadas por un sistema judicial inclemente que pone trabas normativas desproporcionales.

2.6. FUNDAMENTO DEL JUEZ PARA DECLARAR IMPROCEDENTE UNA DEMANDA DE ALIMENTOS DE INCAPACES ABSOLUTOS

Existen tres motivos evidenciados por las que un juez declara improcedente una demanda de alimentos, y esto se corrobora con las respuestas de la encuesta y las jurisprudencias que analizaremos en detalle más adelante.

2.6.1. Certifique Incapacidad

Para que judicialmente, con una sentencia firme de un proceso de interdicción, se declare judicialmente que determinada persona es

incapaz absoluta, después de audiencias en las que participan médicos especialistas que corroboren la incapacidad. Proceso que es costoso por la tasa que se paga, que es costoso porque se necesita el asesoramiento y patrocinio de un abogado, y porque por las investigaciones realizadas son extremadamente larga. Una mujer, madre, que cuenta con un hijo(a) con incapacidad absoluta por enfermedad mental, no tiene en su gran mayoría dinero para proceder a realizar el proceso de interdicción, tan solo para que el juez que ve la causa de alimentos esté seguro de la incapacidad absoluta, no es pertinente y suficiente que visiblemente corrobore en la audiencia única del proceso de alimentos su incapacidad, teniendo en cuenta que las personas con incapacidad absoluta por una enfermedad mental son visiblemente notorio, pudiendo tener el informe de un médico especialista que asista a la audiencia de alimentos, que certifique la incapacidad.

2.6.2. Administre los Bienes

Que, mediante un curador procesar que se determina en la sentencia de interdicción, se realice una administración eficiente de los bienes del Incapaz, siendo esto innecesario y sin fundamento; por que el tema a tratar son “Los Derechos de Alimentos” que diferencia existe entre una madre de una menor de edad que administra la pensión de alimentos que le pasa su padre, y una madre de un incapaz absoluto. Se entiende que la administración de bienes deviene de un tema de manejo patrimonial más amplio, empero esto no es el caso de la presente

cuestión, es el hecho que esta justificación de administración de los bienes, en este caso de la pensión es infundada.

2.6.3. Positivismo Moderno

Simplemente porque la ley así lo señala taxativamente, que un incapaz absoluto con enfermedades mentales debe de tener un curador procesal con una sentencia de interdicción firme, para que, con ello recién pueda realizar una demanda de alimentos.

2.7. DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO LA INTERDICCION EN OTROS PAÍSES

2.7.1. Colombia

El proceso de interdicción se encuentra consagrado en el **numeral 7° del artículo 649 del Código de Procedimiento Civil**; el objetivo de este proceso es evitar que se saque provecho de la discapacidad mental de las personas y le hagan celebrar negocios que puedan afectar su patrimonio.

El proceso de interdicción judicial se inicia con una demanda; se deben reunir todos los requisitos legales, en especial los contenidos en el **artículo 659 del Código de Procedimiento Civil**, los cuales son:

- Certificado médico, expedido por psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, expedido bajo juramento que se entenderá prestado por la sola firma.

- Este proceso podrá promoverlo el juez de oficio.

- Se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente.

- En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar:

  - Las características del Estado actual del paciente.

  - La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de los mismos.

  - El tratamiento conveniente para lograr la mejoría del paciente.

Es importe señalar que en la sentencia que declara la interdicción de una persona con discapacidad, la cual puede ser provisoria o definitiva, el juez podrá señalar las medidas de protección personal que considere necesarias y las terapéuticas, pues con este proceso no solo se busca la declaración de interdicción, sino también, si es posible, la rehabilitación de la persona.

2.7.1.1. ¿Cómo solicitar la interdicción en Colombia?

Al hablar de personas con **discapacidad mental,** entramos a discutir el tema de la interdicción, un proceso que busca evitar que se saque provecho de la discapacidad mental de las personas y le hagan celebrar negocios que puedan afectar su patrimonio.

El **proceso de interdicción** inicia con una demanda que debe ser presentada ante el juez de familia en primera instancia, ya que según el **artículo 22 del Código General del Proceso** de la Republica de Colombia, estos jueces tienen competencia de la **interdicción** de personas con discapacidad mental absoluta, de la inhabilitación de personas con discapacidad mental relativa, y de su rehabilitación, así como de las autorizaciones de internación o libertad de personas con discapacidad mental absoluta.

Asimismo, será competente el juez de la residencia del incapaz y se sujetará al procedimiento de jurisdicción voluntaria, pues con este no se busca resolver un litigio, ni controvertir un derecho sino que se declare que una persona no está en capacidades mentales para ejercer su capacidad de ejercicio.

2.7.1.2. ¿Cuáles son las reglas de la interdicción?

Según el **artículo 586 del Código General del Proceso de interdicción**, entre las reglas se encuentran:

- A la demanda se acompañará un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto.

- No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso, e incluso podrá promoverlo el Juez de Oficio.

- En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar: las manifestaciones características del estado actual del paciente; ,a etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y el tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente.

2.7.1.3. ¿Qué pasa posteriormente?

Realizada la citación, se decretarán las pruebas necesarias y se convocará a audiencia para interrogar al perito y para practicar las demás decretadas, luego de lo cual el juez dictará sentencia y si decreta la **interdicción** en aquella hará la provisión del guardador testamentario, legítimo o dativo conforme a lo preceptuado en el Código Civil.

En la misma sentencia ordenará la **confección**, en un plazo que no excederá de treinta (30) días, del inventario y avalúo de los bienes de la persona con discapacidad mental absoluta por un auxiliar de la justicia, salvo cuando no haya bienes, con cargo al patrimonio de la persona con discapacidad mental o por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando la persona con discapacidad no tenga recursos suficientes para ello.

Recibido y aprobado el inventario, el juez fijará la garantía y una vez otorgada esta, se dará posesión al guardador y se hará entrega de los bienes inventariados.

Efectuada la posesión, se entregarán los bienes al guardador. En diligencia en la cual asistirá el Juez o un comisionado suyo y el perito que participó en la confección del mismo.

2.7.2. España

Concepto y Regulación de Incapacidad

En el ordenamiento jurídico español la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento. La personalidad jurídica implica la atribución a una persona de la titularidad de derechos y obligaciones.

El ordenamiento jurídico atribuye a los seres humanos nacidos, que han adquirido personalidad jurídica, dos tipos de capacidad: capacidad jurídica y capacidad de obrar. En general, se define la capacidad jurídica como la aptitud o idoneidad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y la capacidad de obrar como la aptitud o idoneidad de una persona para poder ejercitar esos derechos y obligaciones. La capacidad jurídica se atribuye a todas las personas, sin depender de ningún factor Sin embargo, la capacidad de obrar es graduable y variable, pues no se atribuye a todas las personas por el simple hecho de nacer, y depende fundamentalmente de la edad de la persona y de su capacidad de entender y querer

La incapacitación está relacionada íntimamente con la capacidad de obrar, especialmente con la posibilidad de las personas de entender y querer pues supone precisamente la privación de la capacidad de obrar en mayor o menor medida, según se va a señalar a continuación.

2.7.2.1. Regulación de la incapacitación en España

La regulación de la incapacitación ha sufrido varias reformas desde su primera regulación en el Código Civil.

En su redacción originaria, el CC establecía en su art. 200 que estaban sujetos a tutela, además de los menores no emancipados, aquellas personas que adolecían de circunstancias de gravedad que aconsejaban la privación de la capacidad de obrar Dichas circunstancias eran la locura o demencia, la sordomudez con falta de saber leer y escribir, la prodigalidad y la interdicción civil.

Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificó profundamente la regulación de la incapacitación: suprimió la mención específica de causas de incapacitación, enunciándolas de modo general, estableció el control judicial sobre la declaración de incapacitación que sólo se puede realizar a través de sentencia judicial, introdujo una nueva figura tuitiva, además de la tutela y del defensor judicial, la curatela, y permitió la incapacitación de un menor de edad en determinadas circunstancias.

Sin embargo, dicha regulación volvió a reformarse por la Ley Orgánica 1/1996, del 5 de enero, de Protección Jurídica del Menor,

y, especialmente, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que derogó la mayor parte de la regulación contenida en el CC, transvasándola a la citada ley de carácter procesal.

Por lo que actualmente la regulación de la incapacitación se realiza fundamentalmente en dos textos legales: el Código Civil (Arts. 199 a 201) De los procesos sobre la capacidad de las personas).

A ello hay que añadir que en el propio C.C se realizan referencias a la incapacitación en otros preceptos del mismo (así en materia de capacidad para contratar en el art. 263 inc. 2º; en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56; en materia de capacidad para testar en los Arts. 663 a 665).

Además, en España existen también otras normas de carácter nacional que inciden sobre la materia por la gran preocupación que ha suscitado la proliferación de personas ancianas y en situación de graves limitaciones de la autonomía personal, siguiendo las directrices de los organismos internacionales. Así se han promulgado la Ley 41/2003, del 8 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, que se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, vinculándola a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introdujo por primera vez la figura de la auto tutela. Y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la normativa internacional, entre ella, principalmente la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, del 3 de diciembre de 2006, realizada en Nueva York, y firmada por España el 30 de marzo de 2007, que ha determinado la publicación en nuestro país de la Ley 26/201, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, cabe señalar que también se ha desarrollado en las Comunidades Autónomas una abundante normativa sobre protección de las personas con discapacidad.

2.7.2.2. Aproximación a un concepto de incapacitación. Relación con la discapacidad y la dependencia.

La incapacitación supone la privación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley (arts. 199 y 200 CC), previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, de la cúratela o de la guarda de la persona incapacitada.

Así configura la incapacitación no como una limitación de derechos de la persona sino como un sistema de protección de la misma cuando ésta es incapaz de proteger sus intereses.

Es necesario distinguir la incapacitación de la incapacidad natural. La incapacidad natural es una situación de hecho en la cual la persona carece de la aptitud de entender y querer, núcleo de la

capacidad de obrar Sin embargo, la incapacitación, basándose en la falta de esta aptitud, supone el paso de la situación de hecho a una situación jurídica, pues implica una declaración judicial a través de la cual se dota a la persona incapacitada de un sistema de protección concreto de la que carece un incapaz natural.

Por otra parte, también hay que interrelacionar la incapacitación con otros conceptos que han surgido con fuerza en los últimos años en nuestra realidad social, y que se interconectan entre sí en determinados planos: La discapacidad y la dependencia", a la que se han dedicado concretas normas legales, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, en este último en cumplimiento del mandato constitucional establecido en sus arts. 49 y 50, que se refieren a la atención a personas con discapacidad y personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Lo que ha determinado la publicación de la Ley 41/2003, deI 8 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria y de la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, entre otras muchas de carácter autonómico.

La discapacidad implica la existencia de minusvalías físicas o psíquicas en una persona. Y la dependencia supone una limitación en la autonomía de la persona debido a la existencia de ciertas circunstancias que le impiden funcionar con independencia.

Señala la doctrina que el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, viene definido en el Art. I de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deI 3 de diciembre de 2006, que dispone: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Como ya se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, en España los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia, por un lado por el importante crecimiento de la población de más de 65 años, y por otro lado, por el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento"), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. De otro lado, se advierte en dicha Exposición, diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Además, a esta realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones

congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En su virtud, en la legislación específica de carácter estatal, se definen las situaciones de discapacidad y dependencia.

Concretamente, la Ley 41/2003, señala, en el art. 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y esta definición se produce con independencia de que tales personas discapacitadas puedan ser incapacitadas, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley pues esta definición de la discapacidad se realiza para poder beneficiarse de las posibilidades que ofrece la norma.

Por su parte, para la Ley 39/2006, en su art. 2, la dependencia es "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". Dicha conceptuación se realiza también para determinar los sujetos a los que se aplica esta Ley para el reconocimiento de los derechos que allí se citan y las prestaciones y servicios a los que pueden acceder

Tanto la discapacidad como las situaciones de dependencia no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacitación de las personas que las padecen. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar en las mismas la imposibilidad del autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacitación.

2.7.2.3. Causales de Incapacitación

Como anteriormente se ha indicado, sólo se puede incapacitar a una persona por las causas señaladas en la ley

Dichas causas vienen establecidas en el art. 200 CC al disponer: "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

Como se observa, el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacitación, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas.

Ahora bien, de dicho precepto se deduce que para que las circunstancias que puedan incapacitar a una persona se consideren como causas de incapacitación deben reunir dos requisitos:

Por un lado, que se trate de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico.

La jurisprudencia ha señalado que "en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes".

Como enfermedades que imposibilitan habitual mente la autonomía de la persona se señalan por los expertos las enfermedades mentales (tales como la esquizofrenia, la paranoia, y la psicosis maniaco-depresiva), y el alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas.

La existencia de dichas deficiencias la constata un especialista médico, a través del correspondiente certificado que contiene el diagnóstico y características del padecimiento.

Además señala el citado precepto que tales enfermedades y deficiencias deben ser de carácter persistente. Aunque el término persistente no es muy preciso, este último carácter es determinante de la incapacitación de la persona, pues una incapacidad temporal no daría lugar a dicha posibilidad. Ello no significa que circunstancias que pueden durar un lapso de tiempo más o menos definido no den lugar a una incapacitación durante el tiempo que pueda durar dicha causa (piénsese en el caso de las personas alcoholizadas o toxicómanas para las cuales se puede solicitar la incapacitación mientras

dura el período de rehabilitación si se da la imposibilidad de autogobierno).

Por otro lado, que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma. Lo que significa que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra menoscabada por aquellas enfermedades o deficiencias,) por tanto, no puede tomar con pleno conocimiento y libertad aquellas decisiones.

Esa imposibilidad de gobernarse hace referencia tanto a los aspectos personales como patrimoniales de la persona, o a ambos al mismo tiempo.

Y este segundo requisito es el verdaderamente determinante de la incapacitación de una persona.

Ahora bien, la existencia de una causa de incapacitación en una persona la determina el Juez en el procedimiento de incapacitación, y no un especialista sanitario (aunque su informe sea determinante), a la vista de las pruebas que se practiquen durante el mismo, y que consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes.

Algunos autores estiman que, además del examen de las causas que se recogen en el art. 200, se deberían examinar también los motivos que han determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se ha presentado en interés y

beneficio del presunto incapacitado, y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

El régimen jurídico de la incapacitación se aplica de igual forma con independencia de la causa de incapacitación.

2.7.2.4. Sujetos susceptibles de ser incapacitados

El Código Civil no hace especial mención a los sujetos que pueden ser incapacitados, excepto una referencia a los menores de edad.

De la legislación relativa al tema y de la jurisprudencia se puede concluir que pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores emancipados.

En relación a los menores no emancipados dispone el C.C que podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (Art. 201 C.C), dado que a los menores para suplir la falta de capacidad de obrar se les atribuye en el CC representación legal.

2.7.2.5. Procesos de incapacitación

La regulación del procedimiento en que se declara la incapacitación se realiza fundamentalmente en la LEC (Arts. 756 y ss.), en donde se examinan los extremos que a continuación se examina.

Aunque hay que señalar que desde ciertos sectores profesionales y sociales se han realizado algunas críticas al régimen establecido en la LEC. Así se ha señalado que tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta; que las familias no ven el procedimiento de incapacidad como un mecanismo de garantía y protección para el incapacitado, constituyendo una complicación más que una solución; que el procedimiento se dilata mucho en el tiempo; que resulta incómodo para el incapacitado y los parientes del mismo los distintos desplazamientos a los Juzgados, y que resulta poco ágil para solucionar problemas urgentes, entre otras.

- **Competencia del Juez.**

  El art. 756 LEC establece que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

- **La intervención del Ministerio Fiscal.**

  En estos procedimientos, la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada por su posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa.

  Su actuación debe estar regida por los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad y del interés público. Y en el

procedimiento de incapacitación debe actuar en defensa y, en su caso, representación del incapacitado, siendo siempre parte en el proceso.

- **Establecimiento de medidas cautelares.**

  El tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá adoptar de oficio las medidas que considere necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación. También podrá el Ministerio Fiscal solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas. Pudiendo adoptarlas, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación. Como regla general, dichas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas.

- **Legitimación para promover el procedimiento de incapacitación.**

  La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz; si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación.

De otro lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Pero ello no significa que el Ministerio Fiscal deba interponer automáticamente la demanda de declaración de incapacitación de aquella persona, sino que previamente debe proceder al análisis de las circunstancias que rodean el caso y ver si existen los requisitos que exige la incapacitación (CFR Art. 762.1 LEC, que señala que podrá promover la incapacitación "si lo estima procedente").

No obstante, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (Art. 757.4 LEC).

- **Comparecencia del presunto incapaz.**

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado (Art. 758 LEC).

- **Pruebas y audiencias preceptivas.**

  En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la LEC (Art. 752), el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, de manera que nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

  Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno (Art. 759 LEC), de manera que la inobservancia de estos trámites puede ser apreciada **ex *officio.***

- **Sentencia en el procedimiento de incapacitación.**

  Como se ha señalado anteriormente, será el Juez quien declare la incapacitación de una persona mediante sentencia (Art. 199 CC). Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 763.

Dicha incapacitación produce efecto desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la causa de incapacitación. Así lo entiende el TS que considera que la sentencia de incapacitación es constitutiva de la misma e irretroactiva.

En relación a los actos realizados por el declarado incapaz antes de la sentencia de incapacitación, se puede solicitar por las personas afectadas la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos conforme al régimen jurídico aplicable a cada situación (Arts. 6.3 y I 300 y ss. CC).

2.7.2.6. Alcance de la Incapacitación

Como acabamos de indicar, el alcance de la incapacitación viene determinado en la sentencia dictada por el Juez. En dicha sentencia, el Juez puede señalar la extensión y los límites de la incapacitación, el régimen de tutela o cúratela a que debe quedar sometido el incapacitado y el posible internamiento del mismo. El alcance de la incapacitación depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle el incapacitado, y queda al arbitrio judicial.

- **Extensión y límites de la incapacitación.**

  La incapacitación es graduable ya que el Juez en la sentencia puede establecer una privación plena de la capacidad de obrar o una privación parcial de la misma, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno.

Dado que es el Juez el que fija la extensión de la incapacitación, en la jurisprudencia de los tribunales se constata que hay casos en los que el tribunal ha decretado una incapacitación total de la persona, otros en los que ha establecido una incapacitación parcial, señalando una serie de actos y/o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar, y en ocasiones, ha modificado el alcance de la incapacitación solicitada por los peticionarios.

Ahora bien, el Juez puede establecer en la sentencia de modo preciso los actos que el incapacitado puede o no realizar, o puede que no realice esta puntualización. En este último caso puede plantearse la duda de cuáles serían los actos que el incapacitado podría realizar o no.

Parece obvio que si el Juez establece la privación de la capacidad de obrar sin señalar excepciones, el incapacitado no podrá realizar actos jurídicos válidos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el C.C hay preceptos que parecen permitir al incapacitado la realización de determinados actos, y otras normas en las que prohíbe al incapacitado la ejecución de otros actos.

Así el Art. 267 CC establece que: "El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación". En cuanto a los actos que el incapacitado puede realizar por disposición de la ley, entre ellos

se encuentran los actos de carácter personalísimo, dado que se establece que el tutor o el curador no pueden realizar dichos actos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que determinados actos de carácter personalísimo los pueden realizar los tutores en nombre del incapacitado pues, en caso contrario, se produciría una conculcación de los derechos del mismo. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina quien estima que una interpretación estricta de este precepto daría lugar a que el incapacitado se viera privado de tales derechos por no poderlos ejercitar, y que, por lo tanto, debe permitirse el ejercicio de las facultades y las acciones necesarias para defender la persona del incapacitado, cuando las circunstancias concretas asilo requieran.

En otros casos, sin embargo, el C.C establece para el incapacitado la prohibición de realizar actos concretos (así la celebración de contratos; o el otorgamiento de testamentos).

- **Referencia a la constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.**

Como hemos indicado, el Juez puede someter al incapacitado a un régimen de tutela o a un régimen de cúratela, según sea la privación de la capacidad de obrar que haya establecido. Si en la demanda de incapacitación se hubiere solicitado nombramiento de tutor o representante del incapacitado, el tribunal nombrará a la

persona o personas que, con arreglo a la Ley hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años. Ello se realizará en audiencia pública y con la asistencia del Ministerio Fiscal.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, pudiendo exigir del tutor en cualquier momento que le informe sobre la situación del incapacitado y del Estado de la administración de la tutela.

El nombramiento del tutor debe realizarlo el Juez, siempre en interés y beneficio del tutelado, atendiendo al orden establecido en el art. 234 CC. Los cargos tutelares son siempre de carácter obligatorio, salvo si existieren causas de excusa. Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra ninguna causa de inhabilidad (Art. 241 CC).

El citado art. 234 CC señala que: "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1°) Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del Art. 223. 2º) Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3º) A los padres. 4º) A la persona o personas designadas

por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5º) Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez".

Establece el Art. 223.4° CC que en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones de los padres en relación a nombramiento de tutores que hayan realizado éstos con referencia a sus hijos. Pues todas las disposiciones relativas al nombramiento de tutores por los padres son vinculantes para el Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

Por otra parte, si el incapacitado fuese un menor de edad, señala el C.C en el Art. 171 que la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad.

Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad.

En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del título relativo a las relaciones paterno filiales.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o cúratela, según proceda (Art. 171.3° CC).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que permite también que sea la propia persona que en un futuro pueda ser incapacitada quien designe para sí mismo un tutor en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor - Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado". Se trata de la figura denominada autotutela, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y cuya disposición debe tener en cuenta el Juez. Aunque la jurisprudencia señala que si éste considera perjudicial para los intereses del incapacitado dicho nombramiento podrá rechazarlo.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar este orden o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado asilo exigiere (Art. 234.11 CC). En defecto de las personas mencionadas, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo.

Pueden ser tutores tanto las personas físicas como las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines

figure la protección de incapacitados (Art. 242 CC). Como regla general, la tutela se desempeñara por un solo tutor, salvo en algunos casos en que se puede ejercer por varios tutores conjuntamente (Art. 236 CC).

El tutor se constituye en representante legal del incapacitado en todos aquellos actos que éste no pueda realizar por sí mismo (Art. 267 CC), ejerciendo su cargo de acuerdo con la personalidad de su pupilo y respetando su integridad física y sicológica (art. 268.1 CC). Aunque necesita autorización judicial para realizar determinados actos (entre ellos, internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios del incapacitado, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, hacer gastos extraordinarios en los bienes, o disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, según el art. 271 CC). Deben hacer inventario de los bienes del incapacitado y rendir cuenta general justificada de su administración en el término de tres meses desde que cesó en sus funciones (plazo prorrogable con justa causa). Asimismo, el tutor está obligado a velar por el tutelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración (Art. 269 CC).

Por otra parte, el Juez en la sentencia de incapacitación puede haber establecido la cúratela (normalmente en los casos de incapacidad no total sino parcial). Su régimen jurídico es mucho más breve que el de la tutela, que se aplicaran a los curadores las normas de la tutela en lo relativo al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los mismos.

La cúratela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

Por último, el Juez puede nombrar Defensor Judicial cuando existan conflictos de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador, o cuando éstos, por cualquier causa, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa, o se designe a otra persona.

2.7.3. México

En Derecho Romano los interdicta consistían en órdenes emanadas del magistrado cum imperio ya prohibiendo ya ordenando algo, generalmente en manera transitoria, en tanto desaparecían las causas que habían dado origen a sus pronunciamientos. Entre ellos es

de citarse interdictio prodigi que tenía lugar por virtud de una orden emanada del magistrado para que el pródigo no pudiera válidamente realizar actos de disposición de sus bienes. La finalidad primordial de la interdictio era proteger a ciertas personas o determinadas situaciones. En nuestro derecho se entiende por interdicción, la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, declarada por el juez de lo familiar, de acuerdo con las formalidades que para el efecto establece la ley procesal y siempre que se haya probado dentro de este procedimiento, que el mayor de edad presuntamente incapaz, se encuentre privado de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, o es sordomudo y no sabe leer ni escribir es ebrio consuetudinario, o hace uso inmoderado de drogas enervantes (Artículo 450, fracciones II a IV, Código Civil para el Distrito Federal).

En el régimen jurídico mexicano, la declaración de interdicción tiene por objeto la protección de la persona y los bienes del mayor de edad que ha caído en estado de incapacidad por alguna de las causas antes mencionadas, proveyendo para esa finalidad la designación de un tutor o un curador para quien, por la razón antes dicha, no puede gobernarse por sí mismo ni atender debidamente a la administración de su patrimonio. En este sentido, el derecho mexicano se aparta de otros regímenes extranjeros, como el derecho español, que conocen la interdicción civil como una pena pública, a consecuencia de la comisión de ciertos delitos de orden patrimonial, en los que los tribunales civiles en coordinación con la justicia penal decretada la prohibición para el penado de seguir participando en los negocios de la vida civil. En México

debe distinguirse la incapacidad de los menores de edad, de la interdicción, que se refiere a los mayores de edad privados de inteligencia por causas patológicas o por hábitos viciosos. La incapacidad y la interdicción se distinguen de la inhabilitación. Esta connota la privación judicial de ciertos derechos, como una sanción impuesta por la autoridad judicial por la comisión de un delito o de ciertos actos de naturaleza civil que la persona ha realizado y que exigen el aseguramiento de sus bienes y la privación de sus facultades de administración de su patrimonio, en protección de los derechos de los acreedores. Así, se percibe que la minoridad entraña necesariamente la incapacidad, en tanto que la enfermedad mental y los hábitos viciosos (el alcoholismo y la drogadicción) por sí solas no bastan para restringir la capacidad del sujeto enfermo: se requiere una declaración judicial como una medida de protección al incapacitado, a la vez en favor del incapacitado y de los terceros, en tanto que la inhabilitación presenta la nota distintiva de ser primordialmente una sanción impuesta por el juez, como consecuencia de una cierta conducta reprobable.

La declaración judicial de interdicción consta de dos periodos o etapas procesales: a) una primera fase o etapa perjudicial, y b) el juicio de interdicción propiamente dicho (Artículos 904 y 905, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). El procedimiento puede ser iniciado por el cónyuge de la persona que se presume incapacitada, por sus herederos legítimos, por el albacea de la sucesión en que aquélla sea heredera o legataria, o por el Ministerio Público (Artículo 902, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). El juez

ante quien se promueva la interdicción, deberá de inmediato ordenar las medidas de aseguramiento de la persona y de los bienes del presunto incapacitado, prevendrá a la persona bajo cuya guarda se encuentra este último, que se abstenga de realizar acto alguno de disposición de los bienes de aquél; todo ello si se acompaña a la demanda certificado de un médico alienista o se presenta cualquier otro medio de conexión suficiente para justificar la adopción de estas medidas. En el mismo auto de admisión de la demanda, el juez designará a tres médicos alienistas quienes examinarán en la presencia del juez a la persona presuntamente incapacitada y si del resultado de ese examen se desprende la incapacidad o cuando menos la existencia de dudas fundadas sobre la incapacidad de quien ha sido examinado, el juez designará un tutor o un curador interinos, nombrándolos entre su cónyuge, ascendientes o descendientes, siempre que sean aptos para la tutela y además de reconocida honorabilidad. Entregará la administración de los bienes del presunto incapacitado al tutor interino, excepto los bienes de la sociedad conyugal que serán administrados por su cónyuge. Este ejercerá por si la patria potestad o la tutela de los menores que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado. Después de estas providencias se procederá a un segundo reconocimiento que practicarán otros tres médicos alienistas también designados por el juez. Concluido el examen, si no hubiere acuerdo entre los facultativos, el juez designará otros médicos peritos en discordia y en una audiencia a la que deberá citar el juez con base en los dictámenes médicos, y pronunciará la resolución declarando o no el estado de interdicción. Si en la

audiencia antes mencionada hubiere oposición de parte, se abrirá el juicio ordinario de interdicción en el que será oído el Ministerio Público y el propio incapacitado personalmente, si así lo solicitare. Durante el periodo probatorio se repetirán los exámenes médicos que practicarán preferentemente médicos psiquiatras del servicio médico forense y los que cada parte designe. Concluido el juicio el juez designará tutor definitivo quien estará investido de todas las facultades legales que le corresponden respecto de la administración de los bienes del interdicto y de la guarda, cuidado y curación de éste.

2.8. DERECHO DE ALIMENTOS

Ahora describiremos algunos conceptos genéricos y razonables de lo que es el derecho de alimentos, para mayor precisión del derecho vulnerado; el derecho de alimento es un derecho humano. Reconocido actualmente a nivel nacional, regional e internacional, es ***universal*** y pertenece a ***toda*** persona o grupo.

En sentido general el derecho de alimentos es aquella relación jurídica a virtud de la cual una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para la subsistencia. El derecho a la alimentación ha sido reconocido en numerosos textos a nivel internacional, regional y nacional. A nivel internacional, los dos textos principales son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. A nivel regional, son la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de

Derechos Humanos, que trata de los derechos económicos, sociales y culturales de 1988 (el Protocolo de San Salvador). Finalmente, a nivel nacional, las constituciones nacionales reconocen ya sea el derecho a la alimentación directamente, ya sean otros derechos fundamentales que comprenden el derecho a la alimentación, como por ejemplo el derecho a la vida.

2.8.1. Convención sobre derechos del niño. Art. 271º

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño.

2.8.2. Interés superior del niño

El Tribunal Constitucional de Perú Ha establecido que prescribir los alimentos de menores no supera el examen de necesidad, es anticonstitucional en aplicación del principio de ponderación en donde prevalece el interés superior del niño.

2.8.3. Principio de razonabilidad y proporción

El principio que rige la fijación de pensión de alimentos es que cada estrato económico recibe pensión acorde a su condición, el estrato A recibe pensión como estrato A, el estrato B recibe pensión como estrato B, el estrato C recibe pensión como estrato C y el estrato D recibe pensión como estrato D.

2.8.4. Principio de diferenciación

Los hijos menores deben recibir pensiones de alimentos superiores a las personas mayores de edad, que sí pueden trabajar. Los hijos mayores de edad dedicados al estudio universitario deben recibir pensiones superiores que los mayores de edad que sí pueden trabajar (cónyuge, padres del obligado).

2.8.5. Improcedencia del abandono

No procede el abandono respecto de pretensiones imprescriptibles como los alimentos. No procede el abandono en

ejecución de sentencia. Se impulsa de oficio. Artículo 350 incisos 1 y 3 del Código Procesal Civil.

2.9. PROCEDIMIENTO DE ALIMENTOS

- El Juez al recibir la demanda, deberá admitirla y notificar al demandado para que dentro del término de cinco días cumpla con contestar la bajo apercibimiento de seguírsele el juicio en rebeldía, transcurridos los cinco días sin que el demandado haya contestado, el juez tiene la obligación al cumplirse dicho trámite resolver haciendo efectivo el apercibimiento es decir dar por contestada la demanda en rebeldía y citar a la audiencia de conciliación pruebas y sentencia, y el juez deberá emitir la sentencia.

- En caso que el demandado haya contestado la demanda en el plazo señalado el juez deberá tener en cuenta que dicha contestación para admitirse debe adjuntarse a esta la declaración de ingresos económicos del demandado sin la cual no podrá admitirse el escrito de contestación del demandado dándosele un plazo de tres días para que subsane tal error, y una vez hecho o vencido el plazo se declara la rebeldía del demandado y señala fecha para la audiencia de saneamiento conciliación, pruebas y sentencia.

- Iniciada la audiencia el demandado puede promover tachas excepciones, o defensas previas, que serán absueltas por el demandante en el mismo acto de audiencia, seguidamente se actuaran los medios probatorios. No se admitirá reconvención.

- Concluida su actuación si el juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas declarara saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliadoramente. Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente se dejara constancia en el acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

- Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo y enviará a la municipalidad que corresponda copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso .Si el demandado no concurre a la audiencia única a pesar de haber sido debidamente emplazado el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a las pruebas actuadas.

- Cualquiera de las partes puede apelar de la sentencia si no se encuentra conforme, concedida la apelación es elevada a la instancia superior que es un Juzgado de primera instancia o de familia.

- Expedida la sentencia por la segunda instancia, el expediente vuelve al juzgado de origen para su ejecución.

- Otro punto interesante de la Ley 28439 es que si el obligado luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme no cumple con el pago de los alimentos, el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la

liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al fiscal provincial de turno a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. Esta modificación permite que las sentencias de alimentos, sustituya al trámite de interposición de denuncia penal por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Ahora no, solo es necesario que se solicite al juzgador que ha tenido conocimiento y sentenciado el juicio de alimentos que cumpla con lo ordenado por ley es decir de oficio remitir copia certificada de la liquidación de las pensiones al Fiscal de turno quien formulara la denuncia por ante el Juez Penal de Turno.

2.10. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA RECÍPROCAMENTE (Art. 474 C.C)

Se deben alimentos recíprocamente:

- **Los cónyuges**
- **Los ascendientes y descendientes**
- **Los hermanos.**

Frente a la obligación de los ascendientes nace el derecho de los descendientes para percibir la prestación de alimentos, según la prelación del orden sucesora. Es decir, que los más próximos excluyen a los más lejanos. Y, de esta manera, los hijos tienen prioridad sobre los demás descendientes. Esta obligación nace como consecuencia o efecto del vínculo de filiación establecido jurídicamente, que puede ser matrimonial, extramatrimonial o de adopción. Este vínculo o lazo, a su vez, origina deberes y derechos de los padres, dando lugar a lo que se conoce como la patria potestad, que se ejerce hasta que los hijos cumplan la edad de 18 años. Así, se establece en el Art. 418° del C. C.:

«Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores». Asimismo, el Art. 423° C. C. dice: «son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: [...] Inc. 1) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos». Por otro lado, el Art. 82° del C. de los N. y A. establece: «Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los niños y adolescentes que son sus hijos los siguientes: [...] b) Prover su sostenimiento y educación.» La obligación concluye cuando termina la patria potestad o se extingue, como se establece en el Art. 461 o del C. C.: «La patria potestad se acaba [...] 3) por cumplir el hijo 18 años de edad». De acuerdo al Art. 84° del Código de los Niños y Adolescentes «la patria potestad se extingue [...] b) porque el adolescente adquiere la mayoría de edad».

Obligación alimentaria de los demás ascendientes Es necesario considerar un primer caso, en el que la obligación alimentaria no pasa a los demás ascendientes. Tal es el caso de los llamados hijos alimentistas, es decir, en el que los acreedores alimentarios no tienen establecido jurídicamente el vínculo de filiación. El Art. 480° del C. C. dice: «la obligación de alimentarse que tiene un padre y su hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, conforme a lo dispuesto en el Art. 415°, no se extiende a los descendientes y ascendientes de la línea paterna». En la redacción de este dispositivo se presenta la interrogante ¿los llamados padres que para la ley no lo son. Pueden reclamar alimentos del hijo que tampoco lo es? Solo se ha establecido para aquellos que hayan mantenido relaciones sexuales con la madre

durante la época de la concepción. En cambio, es diferente la otra situación que puede presentarse, es decir, la de los padres que por causa de pobreza no pueden sufragar los alimentos de sus hijos. Ante tal circunstancia, es justo y lógico que los demás ascendientes, los abuelos, asuman dicha obligación de acuerdo a sus posibilidades. El Art. 479° del C. C. señala: «Entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue». El Código de los Niños y Adolescentes establece de manera especial un orden para cumplir con la prestación alimentaria en ausencia de los padres. Según su Art. 102° «Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de éstos, prestarán alimentos en el orden siguiente:

- Los hermanos mayores de edad;
- Los abuelos;
- Los parientes colaterales hasta el tercer grado;
- Otros responsables del niño o adolescente».

En este último caso se encuentran los tutores, guardadores y otros. Como se establece en el Art. 526° del C. C.: «El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona». Asimismo, el Art. 108° del Código de los Niños y Adolescentes «Son deberes y derechos del tutor los mismos que prescribe el presente Código y la legislación vigente respecto de los padres del niño y adolescente». Por otro lado, en el Art. 111 o del mismo Código se dice: «El guardador tiene los mismos deberes y derechos que

los estipulados en el presente Código y la legislación vigente para los padres».

Situación de los hijos mayores de edad.

En situación excepcional, subsiste la obligación alimentaria para los hijos mayores de edad, cuando no se encuentren en posibilidades de sufragar su sostenimiento o cuando se encuentren cursando estudios. Aun cuando la ley señala que deben considerarse los estudios superiores y con éxito, consideramos que debe tenerse en cuenta sólo la situación de estudios en general, como se ha establecido en varias resoluciones jurisprudenciales. El Art. 424° del C. C. señala: «Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas mayores de 18 años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender su subsistencia. Asimismo, el Art. 473° establece lo siguiente: «El mayor de 18 años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia. Si la causa que lo ha reducido a ese estado fuese su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir. No se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el alimentista es ascendiente del obligado a prestar los alimentos».

Pérdida del derecho de alimentos del alimentista indigno.

Por razones de consideraciones ético moral, el alimentista declarado indigno o desheredado por las causales que señala la ley,

lógicamente pierde el derecho de alimentos de manera general. El Art. 485° del C. C. señala: «el alimentista que sea indigno de suceder o que pueda ser desheredado por el deudor de los alimentos, no puede exigir sino lo estrictamente necesario para subsistir».

2.11. PRELACIÓN DE OBLIGADOS A DAR ALIMENTOS (ART. 475 C.C.)

Si existen varios obligados se reclaman los alimentos por el siguiente orden:

- Al cónyuge.
- A los descendientes del grado más próximo.
- A los ascendientes, también del grado más próximo.
- A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo lo sean uterinos o consanguíneos.

2.12. SITUACIÓN DE LOS CONCUBINOS

Nuestra legislación admite la regulación del concubinato de manera restringida sólo para ciertos efectos, como son los de carácter patrimonial y para el caso de la filiación. Sin embargo, también establece el derecho de alimentos en una forma muy especial, solo bajo ciertas condiciones, como la falta de impedimentos matrimoniales, el tiempo establecido de convivencia, así como la culpa de la ruptura de la unión, en cuyo caso el culpable queda obligado a favor del inocente o abandonado con una pensión de alimentos o, en su defecto, con una

alternativa, con una suma alzada por concepto de indemnización. Así se estipula en el Art. 326° del C. C.: «La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar Derecho alimentario… finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

2.13. SITUACIÓN DE LAS MADRES SOLTERAS

Las madres que tienen hijos extramatrimoniales, reconocidos por los padres o declarados judicialmente, que no estén bajo el amparo del concubinato, también tienen un derecho de alimentos, limitado a un tiempo determinado de 60 días anteriores y 60 días posteriores al parto. Este derecho se justifica toda vez que en dichas etapas la madre se

encuentra generalmente imposibilitada de trabajar y requiere de un sustento. Al respecto, consideramos que el límite de tiempo es corto y que debe ser ampliado según las circunstancias y la necesidad de atención del hijo. En todo caso, el Art. 414° del C. C. señala: «En los casos del artículo 402°, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos o pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante».

2.14. FORMA Y MODO DE HACER EFECTIVO EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

2.14.1. Formas

En lo que respecta a la forma de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación alimentaria, existe en la práctica serias dificultades, pese a que nuestra legislación positiva señala que la pensión puede fijarse en:

- **Efectivo**, mediante una pensión, la misma que puede ser fijada en suma determinada o en porcentaje.

- **En forma diferente al pago de una pensión** (entrega de especies), debiendo tenerse en cuenta las posibilidades del obligado. Con estos criterios, no debería existir en la práctica dificultades para fijar la pensión de los alimentos, ya que para tomar en cuenta las posibilidades del obligado, se debe partir del principio de que éste debe asumir dicha obligación a priori, puesto que la responsabilidad de los progenitores es compartida. Asimismo, debe tenerse presente el principio de presunción juris tantum, que el obligado sí puede asumir tal obligación, además de otros datos adicionales como su condición personal (profesional), o la referencia que aporta la parte reclamante de la parte reclamada sobre alguna actividad que esté realizando (artista, comerciante, u ocupado en cualquier otro oficio).

- Por último, no resulta necesario investigar rigurosamente los ingresos del que debe prestar los alimentos. Con los elementos que se tiene y tomando en cuenta las necesidades reales y elementales del alimentista (edad, salud, grado de instrucción etc.) debe fijarse la pensión.

Así, el Art. 481 o del C. C. indica: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente

el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos». Por otro lado, el Art. 482° del mismo C.C. señala: «La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones». Con respecto a la interpretación de este dispositivo, cabe mencionar algunas precisiones:

Primero, se debe orientar su interpretación bajo el principio del llamado interés superior del niño, todo lo más conveniente o favorable al niño o menor, que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

Segundo, se ha pretendido sostener que no procede otro juicio cuando la pensión ha sido fijada en porcentaje, por cuanto el reajuste es regulado automáticamente. Esta posición resultaría favorable, siempre y cuando el porcentaje fijado haya estado de acuerdo a las necesidades y posibilidades del alimentista y obligado; en consecuencia, el reajuste se regularía automáticamente. Sin embargo, en el caso de que existan nuevas necesidades, el porcentaje podría resultar ínfimo. No habría, por tanto, dificultad para que se inicie un proceso de aumento de alimentos y así obtener un mayor porcentaje al señalado. Por ejemplo, si originalmente se fijó en el 40%, no existe inconveniente para que posteriormente se fije en 45 o 50%, provocando así como se procede para los aumentos de la pensión fijada en una suma alzada. En cuanto a la forma diferente de la pensión, es permitido que ésta se realice en

especies, por ejemplo: en víveres, medicinas, estudios, etc., teniendo en cuenta que debe existir el acuerdo de los obligados, y que se proporcione según la mayor necesidad del alimentista.

2.14.2. Modos Para Hacer Efectivo la Pensión de Alimentos

A nuestro criterio, este es el aspecto central del problema sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria en el Perú. En el ámbito procesal son novísimas las disposiciones que contienen el Código de los Niños y Adolescentes en el que se establece un proceso único y breve. El Art. 106° señala: «El proceso de alimentos se tramitará conforme a las disposiciones contenidas en el proceso único del presente Código». Más aún, en el nuevo Código Procesal Civil se le ha incluido dentro de los denominados procesos sumarísimos, por la brevedad del trámite. No obstante ello, en una investigación de campo realizada en los Juzgados de Familia, sobre la tramitación y ejecución de los procesos de alimentos, se ha podido verificar que:

- La mayoría de las acciones concluyen mediante conciliación en cuanto a la fijación de la pensión. Sin embargo, el 90% de dichos procesos se encuentran sin poder ejecutar dicho compromiso. Para estos casos, se dice que con la aplicación· de la ley de conciliación se van a considerar como títulos ejecutivos los mismos. Es decir, un nuevo proceso.

- En muchos otros casos, después de admitida la demanda no puede notificarse al obligado por deficiencia del domicilio, lo que origina la paralización del proceso.

- En un trámite normal un proceso de alimentos puede concluirse (con sentencia o conciliación) en el plazo de 5 ó 8 meses, sin embargo, la demora se ocasiona en la ejecución de la obligación

- De los procesos que se encuentran con sentencia, un promedio del 80% no se pueden ejecutar por insolvencia del obligado.

- Se ha comprobado que se demora en averiguar los ingresos del obligado, sea por que no tiene trabajo dependiente o en su defecto los centros de trabajo del obligado no cumplen con evacuar el informe solicitado. En otros casos los distorsionan, incurriendo con ello en actos delictivos.

- Un 90% de los que reclaman alimentos muestran su disconformidad con la forma en que se lleva el proceso. No existe efectividad, los justiciables no entienden las formas que tienen que cumplir para hacer efectivo de inmediato su reclamo.

- La mayoría de los obligados sostienen que en la práctica están cumpliendo con su obligación, pero no pueden acreditarlo (viven en el mismo domicilio, etc.)

- El 60 % de las acciones sobre tenencia de los menores son para contrarrestar una demanda de alimentos.

- Gran parte de los obligados alegan estar desempleado, no tener trabajo estable y tener otras obligaciones. Si bien es cierto que las normas procesales para reclamar la pensión de alimentos es breve, no se ha tomado en cuenta que la ejecución de dicha obligación se rige bajo las normas establecidas en el Código Procesal Civil, como si se tratara de cualquier obligación, teniendo que recurrir a las medidas cautelares como es el embargo, de los bienes muebles o inmuebles del obligado -si los tuviera- y después proceder al remate en caso necesario. Esto implica que los modos para ejecutar la obligación alimentaria deben hacerse más viables, tomando en cuenta el interés superior del niño y adolescente.

- Podemos afirmar que el grave problema por el que atraviesan nuestros niños y adolescentes, es el incumplimiento de las obligaciones alimenticias de sus progenitores (padre), por tal motivo en la actualidad tanto en las dependencias de la Defensoría del Niño y Adolescente (DEMUNAS), así como en los juzgados de Paz Letrados del Distrito Judicial de Ucayali, se observa que la mayor parte de denuncias son por alimentos. Entre enero y noviembre de 2016, se ha registrado que la mayor cantidad de demandas ingresadas se refieren a pensiones alimenticias.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Los métodos de investigación que se aplicaron al presente proyecto de tesis son los que a continuación mencionamos.

3.1.1. Método de investigación cualitativo

La investigación cualitativa o metodología cualitativa es usado principalmente en las ciencias sociales y por ende por las ciencias jurídicas.

Se basa en la interacción social empleando métodos de recolección de datos que son no cuantitativos. Se concibe al método cualitativo como un recurso del primer nivel de acercamiento a la realidad, en el presente caso una realidad que muestra la vulneración de derechos fundamentales como es el derecho de alimentos, para en un segundo nivel llevar el método de una investigación con rigor y profundidad en el cual se propone un cambio a la parte normativa de nuestro código civil que regula incorrectamente este tema – de interdicción- para que no se sigan vulnerando por ello derechos de más personas.

Las técnicas cualitativas se visualizan como el único instrumento para comparar el significado autentico de una

problemática, fenómeno social, deficiencias jurídicas. Se aplica en problemas que tenga significado social; el cual contiene el presente proyecto, desarrolla la comprensión a través de descripciones y análisis de significados.

Algunas características de los métodos cualitativos son:

- Los intereses de la investigación son relativamente claros y están relativamente bien definidos.
- Quien investiga quiere esclarecer experiencias humanas subjetivas. Si algo caracteriza a la investigación cualitativa es la insistencia en utilizar múltiples fuentes de datos; datos que son necesarios para entender precisamente el porcentaje de afectados, y directamente a alguien como ha vulnerado este derecho. Más que depender de una sola fuente y una definición que se reduzca a solo técnicas. Teniendo mejor concepción de lo que son los métodos de investigación cualitativa, entendemos que este método invita a la reflexión y al aporte para el derecho civil al cambiar la normatividad de nuestro código civil, referente a la aplicación de la interdicción en incapaces absolutos. Modificar o agregar en el Código Civil la no obligatoriedad de la declaratoria judicial por el proceso de interdicción como requisito indispensable para interponer una demanda de alimentos de una

persona con incapacidad absoluta por enfermedad mental.

3.1.2. Método de investigación explicativo

Buscan encontrar las razones o causas que ocasionan ciertos fenómenos; en el presente trabajo de investigación, las causas porque vulnera el presente ordenamiento en materia de alimentos a los incapaces absolutos, los que adolecen de enfermedad mental. Su objetivo es explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste. Los estudios de este tipo implican esfuerzos de los investigadores y una gran capacidad de análisis, síntesis e interpretación; interpretación de la norma perjudicial que vulnera derechos fundamentales de las personas que más necesidades tienen. Asimismo, debe señalar las razones por las cuales el estudio puede considerarse explicativo. Su realización supone el ánimo de contribuir al desarrollo del conocimiento científico y por ende del conocimiento jurídico".

Los estudios explicativos en el presente proyecto de tesis respondieron a preguntas tales como: ¿Qué efectos tiene que se siga aplicando de forma incorrecta el proceso de interdicción como requisito previo de un proceso de alimentos para personas con incapacidad absoluta?, ¿A qué se deben estos efectos?, ¿Por qué la norma que regula referente a la interdicción no ha sido

modificada en el extremo del derecho de alimentes para personas con incapacidad absoluta?

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La tesis realizada fue de tipo **DESCRIPTIVO SOCIO JURÍDICA**, porque se orientó al conocimiento de la realidad (El Código Civil pone como requisito previo realizar un proceso de interdicción para aquellas personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales, antes de iniciar un proceso de alimentos, vulnerando los beneficios de los derechos humanos, tales como el derecho a la salud, a la educación, a un proceso justo de las personas con incapacidad y el derecho a la alimentación propiamente dicha), en una situación espacio – temporal (en el Distrito judicial de Ucayali, periodo 2008-2014).

Nos centramos en dar a conocer las características del fenómeno en evaluación (la vulneración al derecho de alimentos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales). Nos limitamos a describir con más o menos con detenimiento la realidad investigativa y su evaluación (la deficiencia del proceso de interdicción como requisito en la exigencia del derecho de alimentos en incapaces absolutos), sin explicar sus causas.

La unidad de análisis es el proceso de interdicción, que vulnera los derechos de los incapaces absolutos, y la vulneración al derecho de alimentos.

Este trabajo se basó en una información bibliográfica y en los datos estadísticos de la encuesta a los familiares de los incapaces absolutos, a cuatro abogados y un Juez de Familia, además las demandas declaradas improcedentes y las 5 jurisprudencias de los proceso de interdicción.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. Población

La población del estudio estuvo conformada por:

- 80 padres o familiares de los incapaces con retardo mental o que se encuentran privados de discernimiento, incluido 04 abogados y un juez del Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Ucayali.
- 05 Ejecutorias Supremas, sobre temas de interdicción que vulneran derechos fundamentales de las personas.

3.3.2. Muestra

La muestra del estudio estuvo conformada por:

- 45 Padres o familiares encuestados de los incapaces con retardo mental o que se encuentran privados de discernimiento, más la declaración de 04 abogados y 01 Juez del Juzgado de Familia.
- 05 Ejecutorias Supremas, sobre temas de interdicción.

Primera unidad de análisis. La muestra se seleccionó probabilísticamente, a través del muestreo aleatorio simple.

Segunda unidad de análisis. Análisis e interpretación de 05 Ejecutorias Supremas, que nos ayudarán a tener una visión más clara de que no es necesario llevar a cabo el proceso de interdicción, previo a la demanda de alimentos, o cuando la incapacidad es manifiesta.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Utilizamos como técnica la encuesta de investigación y como instrumento la guía de encuesta.

Como Instrumento de recolección de datos, utilizamos las fichas bibliográficas, fichas de encuesta y las fichas de cotejo de datos.

3.5. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS

Utilización de procesador sistematizado. La información clasificada y almacenada en la matriz de datos se ha trasladado a un procesador de sistema computarizado que nos ha permitido realizar las técnicas de estadísticas apropiadas, teniendo en cuenta el diseño formulado para la contrastación de las hipótesis. En nuestro caso se ha trabajado en el programa Microsoft Word y Excel XP.

Análisis descriptivo. Los datos se han procesado a partir de la codificación de acuerdo a las variables planteadas, representándolas luego en tablas numéricas y porcentuales.

.

3.6. DISEÑO Y ESQUEMA DE INVESTIGACIÓN

3.6.1. Diseño

Para desarrollar la presente investigación, se tomó en cuenta el siguiente diseño: **Descriptivo Simple.** Este diseño corresponde a una investigación no experimental, por cuanto no se han manipulado deliberadamente las variables. Es decir, se trata de una investigación donde no hacemos variar intencionalmente la variable independiente. Lo que hicimos en la presente investigación no experimental, es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después describirlos, analizarlos y explicarlos.

3.6.2. Esquema

El esquema del diseño de la investigación fue el siguiente:



Dónde:

M: Representa a la muestra que comprende 45 Padres o familiares encuestados de los incapaces con retardo mental o que se encuentran privados de discernimiento, más la declaración de 04 abogados y 01 Juez del Juzgado de Familia. 05 Ejecutorias Supremas, sobre temas interdicción.

O: Representa a la observación sobre la vulneración al derecho de alimentos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades (VD) y la Interdicción (VI).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Los resultados de la presente investigación, se encuentra plasmados en tablas y gráficos estadísticos, producto de la aplicación de los instrumentos de recolección de la información consistente en una encuesta y cinco fichas de cotejo de datos.

La encuesta se realizó con la participación de 80 personas, entre padres o familiares de los incapaces con retardos mentales o que se encuentra privados de discernimiento, en el que se incluye la participación de 04 abogados y 01 juez de familia. Quienes mostraron su predisposición para contestar las preguntas, dar sus opiniones.

Del mismo modo se efectuará el análisis de 05 expedientes donde se resolvió la interdicción, donde se establece que la interdicción vulnera la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual en el Perú. Restringiendo el ejercicio de sus derechos civiles y personalísimos.

A continuación presentamos las tablas y gráficos estadísticos con su respectivo análisis e interpretación.

4.1.1. Encuesta a los padres, familiares, de los que adolecen de incapacidad absoluta e incapacidad relativa, como son los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. Así como a los abogados y juez de familia.

1. **Edad y Porcentaje de las personas que por cualquier causa se encuentran privados de su discernimiento, con retardo mental y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. En la ciudad de Pucallpa.**

Tabla 1. Edad y porcentaje.

EDAD	%
De 80 a 60	37.5%
De 60 a 40	17.0%
De 40 a 20	19,0%
De 20 a 18	26,5%
TOTAL	100,0%

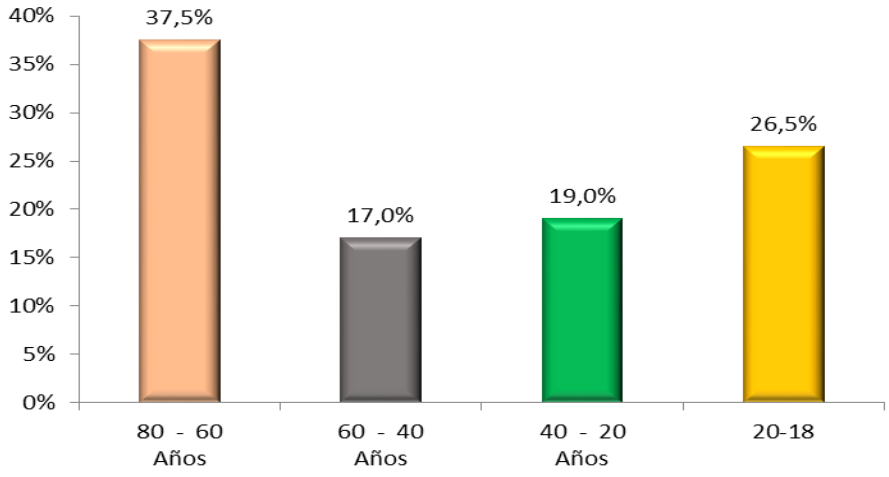


Gráfico 1. Edad y porcentaje.

Análisis del Resultado:

Del total de 80 encuestados, nuestra muestra de 50 (45 padres o familiares de los incapaces, más 04 abogados y 1 juez), han opinado que la mayor incidencia de personas que adolecen de incapacidad absoluta y relativa esta entre 80 a 60 años de edad, que representa al 37.5%. Luego están las personas entre 20 a 18 años de edad, que representa al 26.5%, siguiendo las personas incapaces absolutos y relativos que oscilan en una edad de 40 a 20 años de edad, que representan al 19.0% y finalmente están los que tienen una edad de 60 a 40 años de edad que representan al 17.0% de las personas con incapacidad absoluta y relativa que viven en la ciudad de Pucallpa. De lo que se concluye que la mayor incidencia de incapaces absolutos y relativos, está en la edad más avanzada de 80 a 60 años de edad, como se puede corroborar en la tabla 1 y gráfico 1.

2. ¿Considera a las personas que se encuentran privadas de discernimiento, los retardados mentales un peligro para la sociedad?

Tabla 2. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
SI	60,0%
NO	30.0%
NO OPINA	10,0%
TOTAL	**100,0%**

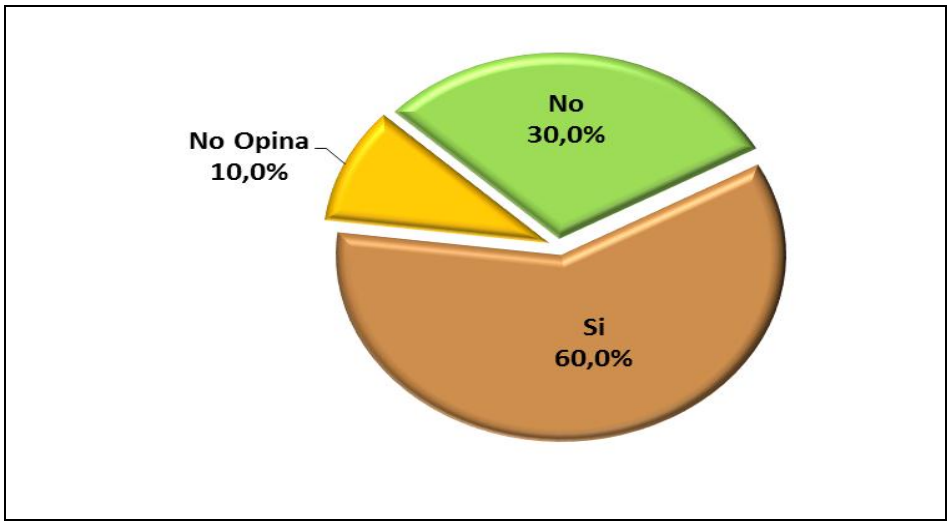


Gráfico 2. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado:

Del resultado de la encuesta se puede afirmar que la enfermedad mental es percibida como peligrosa, en tanto el 60% las personas asocian la enfermedad mental a la agresividad y la falta de razonamiento del enfermo.

El 30% de personas que contestaron negativamente implica el porcentaje que ya identifica los diversos grados de enfermedad mental y reconoce que no todos los casos son peligrosos. El 10% no opina.

3. **¿Cree usted que es necesaria la aplicación de la interdicción para quienes adolecen enfermedades mentales para obtener el derecho a una pensión de alimentos?**

Tabla 3. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
SI	25,0%
NO	70.0%
NO OPINA	05,0%
TOTAL	**100,0%**

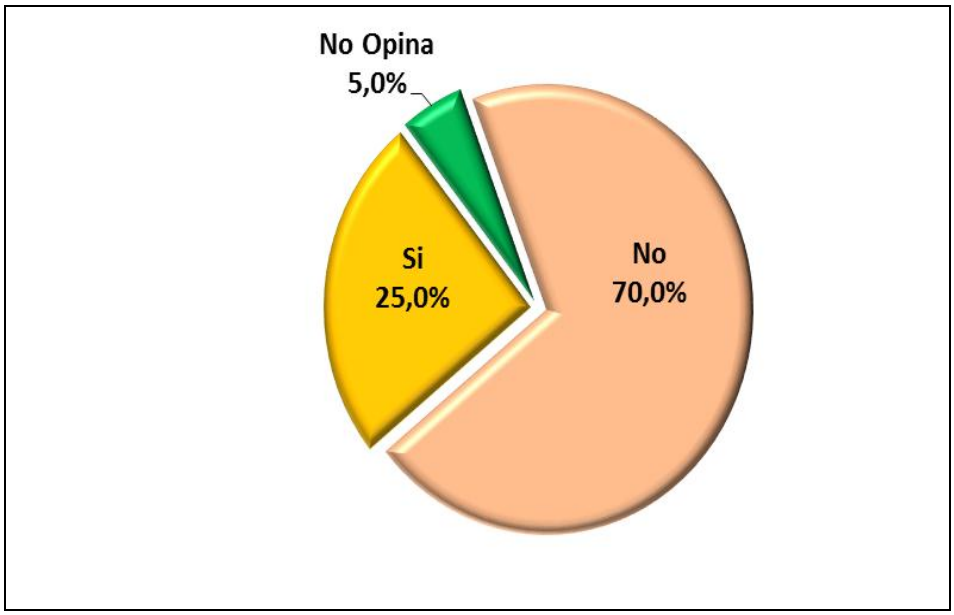


Gráfico 3. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado:

El 70% de los encuestados opinan que no es necesario el proceso de interdicción para declarar la incapacidad absoluta o relativa de quien requiere una pensión alimenticia; ya que en la audiencia única del proceso de alimentos, puede el médico especialista que asista a la audiencia certificar la incapacidad del alimentista. El 25% opina que es necesario que se lleve a cabo el proceso de interdicción, siempre y cuando se trate de administrar bienes del incapaz.

4. ¿Estima necesaria la declaración previa de incapacidad mediante un proceso de interdicción, para determinar la incapacidad de las personas si esta fuese manifiesta?

Tabla 4. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
SI	30,0%
NO	70.0%
TOTAL	**100,0%**

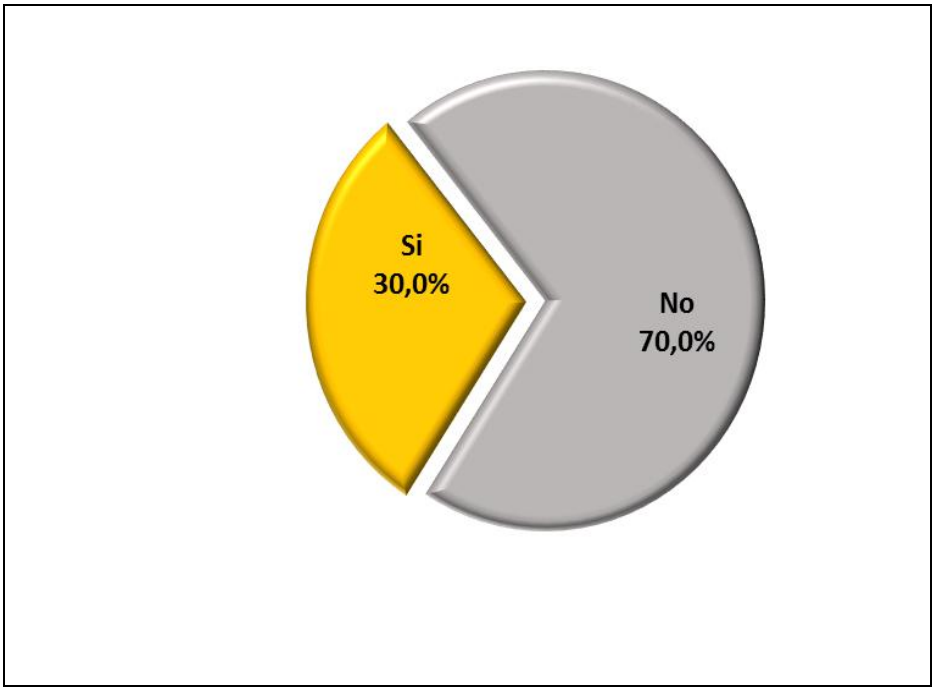


Gráfico 4. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado:

El 70% de las personas encuestadas, han manifestado que no es necesario que previamente exista declaración de interdicción, si la incapacidad de la persona es manifiesta, pues lo que se tiene en cuenta es la falta de discernimiento y no la interdicción declarada.

El 30% opina que si es necesario que se declare la interdicción, se nombre un curador a la persona incapaz, para que todos sus actos sean válidos.

5. ¿El proceso de interdicción previo al proceso de alimentos, atenta contra los derechos humanos de las personas con discapacidad?

Tabla 5. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
SI	90,0%
NO	10.0%
TOTAL	100,0%

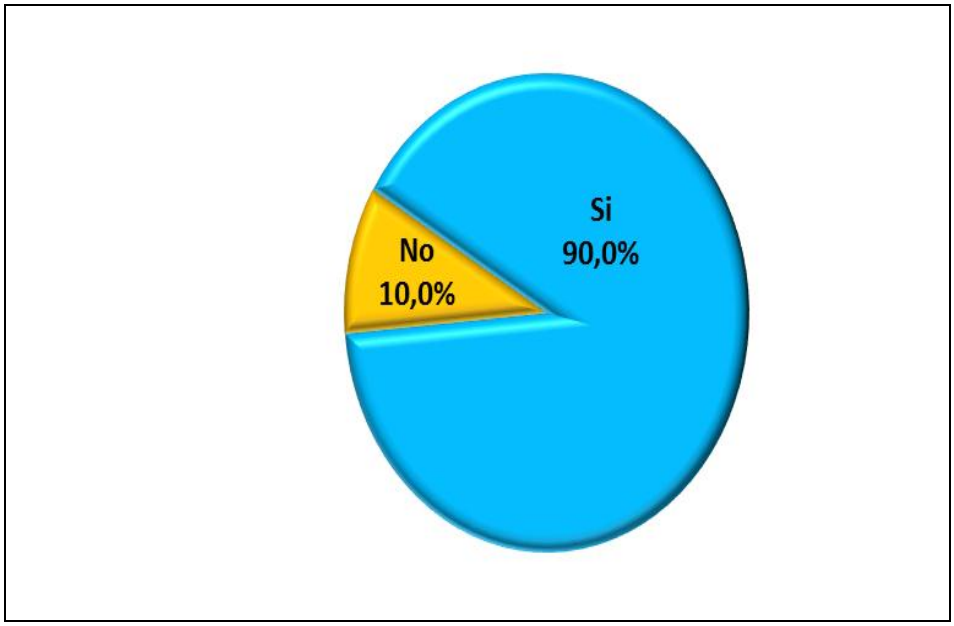


Gráfico 5. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado:

El 90% de los encuestados señalan que el proceso de Interdicción, previo al proceso de alimentos, atenta contra los derechos humanos de las personas con discapacidad, además de

ser objetos de discriminación y exclusión social. El 10% opinan que no atentan ningún Derecho Humano.

6. ¿Cree sobre la rehabilitación de los enfermos mentales o la recuperación del discernimiento?

Tabla 6. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
SI	54,0%
NO	40.0%
NO OPINA	06,0%
TOTAL	**100,0%**

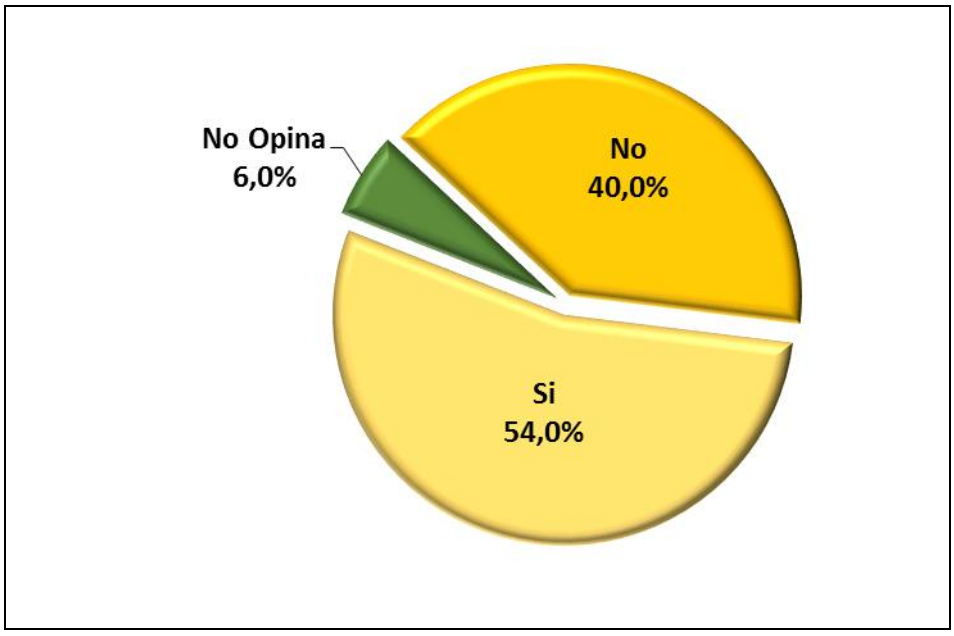


Gráfico 6. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado

Las opiniones en este punto se hallan algo polarizadas, el 54% opina que existe la posibilidad de curarse (rehabilitarse).

Esto concuerda con la moderna tendencia de los tratamientos psiquiátricos que han encontrado tratamiento farmacológico y otro tipo de terapias para enfermedades mentales antes consideradas como incurables. Nos preguntamos, se afectaría el derecho de las personas declaradas interdictas por problemas de salud mental, quienes habiendo recobrado la misma tienen problemas legales y judiciales para recuperar el ejercicio de su capacidad?

Los que contestaron negativamente, demostraron desconocimiento que podría se prejuiciosa ante la probable recuperación del enfermo mental. La resistencia a creer en la rehabilitación del paciente con problemas de salud mental es un tipo de discriminación encubierto que vulnera derechos fundamentales de la persona. El 6% no opina.

7. El nivel de eficiencia de las normas legales, del Proceso de interdicción y proceso de alimentos, es:

Tabla 7. Alternativa y porcentaje.

ALTERNATIVA	%
MUY ALTO	03,0%
ALTO	27.0%
BAJO	70,0%
TOTAL	**100,0%**

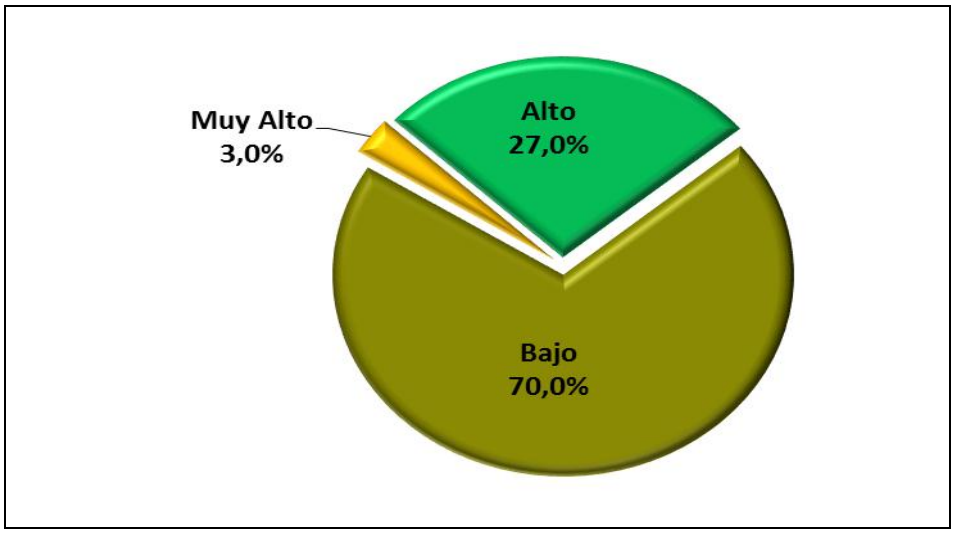


Gráfico 7. Alternativa y porcentaje.

Análisis del Resultado

El 70% de los encuestados opinan que las normas legales que estipulan el proceso de Interdicción tienen un nivel bajo de eficiencia, es decir que existen muchas barreras burocráticas, que obligan a las personas con discapacidad a renunciar a su capacidad jurídica y a la posibilidad de ejercer una serie de derechos por si mismos. El 27% opinan que el nivel de eficiencia de las normas legales del proceso de interdicción y del proceso de alimentos es alto y el 3% manifiestan que el nivel de eficiencia de ambos procesos es muy alto.

4.1.2. Análisis de las Jurisprudencias

CASO SIGNIFICATIVO DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE ALIMENTOS	
Expediente N° 1004-2008	
DEMANDANTE	Ruth Visitación Rojas Gamarra
PROCESO	Alimentos a favor de su hijo Harold Adrianzén Rojas, quien sufre de retardo mental grave.
EL JUEZ RESOLVIÓ	Improcedente
FUNDAMENTO JURÍDICO RELEVANTE	Ruth Visitación Rojas Gamarra, el mismo que sufre de retardo mental grave y dado a que el nació con aquel mal neurológico, su progenitor los abandonó. La demandante en un principio no interpuso acción alguna contra su ex pareja, con el pasar de los años y la precaria situación económica en la que vivía, la cual perjudicaba en la alimentación y digna manera de vivir de su hijo la llevó a demandar al padre, generando el Exp. N° 1004-2008, demanda que fue declarada improcedente por el Juez. Resolución fundamentada en que, antes de realizar la demanda de alimentos, debía interponer un proceso de interdicción, por la condición de su hijo, para que declare judicialmente incapaz a su hijo y la nombre curadora del mismo. Ya ha transcurrido cerca de

	10 años de aquella resolución y Ruth Visitación Rojas Gamarra nunca pudo interponer la demande de interdicción por no contar con el dinero para el pago de las tasas judiciales y para el pago de un abogado que realice el trámite y seguimiento del proceso. Por lo que tenemos un caso en la que se vulnera de derecho de alimentos de una persona que se encuentra en una situación crítica y paupérrima, pero que no recibe justicia por la innecesaria aplicación del artículo 564°, 565, 566° del código civil; toda vez que, está ante una demanda de alimentos debe ser exonerada, para las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales, por las razones expuestas en los puntos anteriores.

CAS. N.º 683-2016 Callao Emitida el 08 de noviembre del 2016 (Publicada en *El Peruano*, 31-08-17)	
Juez ponente	Señor juez supremo Calderón Puertas.
Normas aplicables	Fundado
Normas aplicables	Artículo 219.2 del Código Civil
Fundamento jurídico relevante	[…] Así las cosas, habiéndose determinado el grado de enfermedad de la señora Alpaca Villar y la antigüedad de sus lesiones, se puede colegir con seguridad que al momento de suscribir la compraventa no podía discernir lo que le convenía. Por lo demás, conforme lo ha señalado el voto en discordia, tal incapacidad era manifiesta y, por tanto "los actos jurídicos celebrados con anterioridad a la interdicción pueden ser nulos y anulables, dependiendo de cada situación concreta y sobre todo del grado de incapacidad que presente uno de los otorgantes", para ello resulta necesario realizar un análisis de la notoriedad del caso; esto es, evidencia de la capacidad de la persona, lo que se ha cumplido con hacer en la presente resolución.

CAS. Nº 683-2016
CALLAO.

NULIDAD DE ACTO JURÍDICO. Para que exista dicha incapacidad no es necesario que previamente exista declaración de interdicción, pues lo que se tiene en cuenta es la falta de discernimiento y no la interdicción declarada.

Lima, ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número seiscientos ochenta y tres guión dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a

cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandante Mary Beatriz Becerra, mediante escrito de fecha seis de noviembre de dos mil quince obrante a fojas quinientos sesenta y nueve, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta y nueve de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda, en el proceso seguido con Juana Valencia Alvarado y otro, sobre nulidad de acto jurídico.

II. ANTECEDENTES

1. DEMANDA. Por escrito de fojas ciento diecinueve, Mary Beatriz Becerra Alpaca interpone demanda de nulidad de acto jurídico, respecto del contrato de compraventa de acciones y derechos, celebrado el diez de mayo de dos mil tres, entre los demandados Carlos Visitación Valverde Bravo y Juana Valencia Alvarado con Ciriaca Alpaca Villar (madre de la demandante), respecto del inmueble ubicado en el Asentamiento Humano Reynoso Manzana D, Lote 22, ahora denominada Avenida López Pazos número ciento veintitrés, distrito de Carmen de La Legua Reynoso, provincia del Callao, por las causales de falta de manifestación de voluntad del agente y por haberse practicado por persona absolutamente incapaz. La demandante argumenta que a la fecha de celebración del citado contrato la vendedora contaba con

setenta años de edad, se encontraba delicada de salud por enfermedades que padecía desde el año mil novecientos noventa y seis, cuyo diagnóstico era demencia senil, enfermedad que padecía en la fecha de celebración del contrato, siendo que a los pocos meses, en agosto de dos mil tres, fue internada en el Hospital Daniel Alcides Carrión, donde sin poder siquiera reconocer a sus familiares falleció. Indica que los demandados conocían de la enfermedad de su madre, pues estos tenían contacto con ella debido a que pertenecen a la iglesia evangélica a la que su madre acudía y asistían al domicilio de su madre. Añade que toma conocimiento de la aludida compraventa después del fallecimiento de su madre.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Mediante escrito de fojas ciento setenta y siete, los demandados Carlos Visitación Valverde Bravo y Juana Valencia Alvarado, contestan la demanda, señalando en sus argumentos que la vendedora Ciriaca Alpaca Villar celebró la compraventa en pleno uso de sus facultades mentales, que no está probado que sufriera de demencia senil y no existe resolución judicial que la declare incapaz, razón por la cual no estaba imposibilitada para la celebración del contrato, poniendo su huella digital. Señalan también que han transcurrido más de cinco años para que la demandante pretenda demandar por nulidad de acto jurídico y que el inmueble fue cancelado en su integridad en la suma de S/. 12,000.00 (doce mil con 00/100 Nuevos Soles).

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS. Conforme aparece a fojas doscientos trece se fijaron como puntos controvertidos los siguientes: - Determinar

si procede la nulidad del contrato de compraventa de acciones y derechos celebrado el diez de mayo de dos mil tres, entre los demandados y la madre de la demandante Ciriaca Alpaca Villar, respecto al inmueble ubicado en la Avenida López Pazos número ciento veintitrés, Carmen De La Legua Reynoso, Callao. - Determinar si como consecuencia de la venta procede declarar nulo y sin efecto la transferencia inscrita en el Asiento número 0003 del Código de Predio número PO1137406 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Oficina Registral del Callao.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. Culminado el trámite correspondiente el Juez, mediante resolución de fojas trescientos noventa, declara infundada la demanda al concluir que el hecho que a la vendedora se le haya diagnosticado demencia senil en el mes de agosto de dos mil tres, no permite concluir que al diez de mayo de dos mil tres (fecha en la que se otorga la Escritura Pública que permite atribuirle fecha cierta al acto jurídico) ya presentara dicha enfermedad y menos aún en un grado que determinase su falta de discernimiento y por tanto su incapacidad absoluta; de igual forma, agrega, que no le genera convicción el Informe Médico Psiquiátrico número 017-2008 de fojas ciento cuatro, que refiere haber examinado a la vendedora el veintitrés de abril de dos mil uno, cuyos síntomas responden al trastorno orgánico cerebral, por lo que no se puede concluir que haya persistido hasta el año dos mil tres. Además toma en cuenta que la notaria otorgó la Escritura Pública y practicó el examen sobre la capacidad, libertad y

conocimiento con el que se obligó la vendedora, lo que otorga una presunción de veracidad respecto de tal afirmación.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN. Mediante escrito de fojas cuatrocientos seis la demandante apela la sentencia argumentando que se encuentra acreditado con documentos públicos el mal que padeció la vendedora antes y después de haber celebrado el contrato de compraventa de acciones y derechos, siendo que como consecuencia de ese mal no podía celebrar contratos. Asimismo, refiere que se ha incurrido en error al señalar que en el mes de agosto se le diagnosticó demencia senil cuando al diez de mayo de dos mil tres ya padecía de dicho mal; agrega que está acreditado que la vendedora sufrió derrame cerebral antes y después de que suscribiera el contrato. Concluye que el informe médico que obra a fojas ciento cuatro es documento público, expedido como consecuencia del tratamiento de la enfermedad que venía padeciendo y que el examen realizado en la notaría no puede vencer diagnósticos médicos.

6. SENTENCIA DE VISTA. Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior emite un primera sentencia obrante a fojas cuatrocientos treinta, que revoca la resolución de primera instancia y, reformándola, declara fundada la demanda; sin embargo interpuesto recurso de casación por la parte demandada, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, declaró nula la sentencia de vista, ordenando se emita nuevo pronunciamiento. Es así que mediante resolución número treinta y nueve, de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, la Sala Superior confirma la sentencia de primera instancia,

señalando que si bien las pruebas presentadas por la demandante evidencian que Ciriaca Alpaca Villar fue atendida y tratada en centros hospitalarios; sin embargo, en autos no figura medio probatorio alguno que acredite que la mencionada vendedora carecía de discernimiento por haberse declarado así mediante sentencia judicial. Agrega que ninguno de los certificados y constancias medicas presentadas, resultan indicativos de un estado de salud que anulara la capacidad de discernimiento para celebrar actos jurídicos. Agrega que si bien es verdad Ciriaca Alapaca Villar fue diagnosticada con demencia senil, empero, tal enfermedad no es sinónimo de incapacidad absoluta, no existiendo prueba notoria, fehaciente o contundente que acredite que al momento de celebrarse el acto jurídico (10 de mayo de 2003), Ciriaca Alpaca Villar se haya encontrado privada de discernimiento.

III. RECURSO DE CASACIÓN

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante Mary Beatriz Becerra Alpaca, por infracción normativa de los artículos 221 inciso 1 y 222 del Código Civil y excepcionalmente por infracción normativa del artículo 139 inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Estado; al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose que habría incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. FUNDAMENTOS

PRIMERO. Conforme a los términos de la demanda, la causa para pedir la nulidad del acto jurídico que se cuestiona fue que la señora Ciriaca Alpaca Villar había sufrido un derrame cerebral en el año 2001 y no podía expresar su voluntad, lo que "no le permitía discernir, menos tener percepción real y objetiva de los hechos que sucedían en su vida diaria". Además la norma invocada para sustentar la pretensión fue el artículo 219.2 del código civil, que regula la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta de quien lo practica, de lo que se infiere, dada la edad de la señora Alpaca Villar, que el único supuesto de incapacidad absoluta que se estaba alegando era el regulado en el artículo 43.2 del código antes citado, esto es, falta de discernimiento.

SEGUNDO. Si bien en el presente caso, la recurrente cuestiona el fallo de la Sala Superior señalando que se habrían infringido las reglas del artículo 221.1 y 222 del Código Civil, no es menos cierto que este Supremo Tribunal, de manera excepcional, ha indicado que va a evaluar los datos concernientes al debido proceso, lo que lo habilita para emitir un fallo congruente con la demanda y que concluya en definitiva con la controversia existente. El pronunciamiento que emite es posible hacerlo, dado que las instancias de mérito han emitido sentencia de fondo y han analizado supuestos de nulidad del acto jurídico que es a lo que se avocará esta Sala Suprema.

TERCERO. En esa perspectiva, declara de plano que no se han infringido los artículos 221.1 y 222 del Código Civil, pues ellos hacen

referencia a asuntos de anulabilidad del acto jurídico, que no son materia de esta controversia.

CUARTO. En cambio, en cuanto a la nulidad del acto jurídico controvertido debe señalar lo que sigue: **1.** La incapacidad absoluta a la que alude el artículo 219.2 del código civil se encuentra vinculada con lo expuesto en el artículo 43 del mismo cuerpo legal, fundamentalmente, en este caso, con su inciso segundo, que prescribe que es incapaz absoluto quien se encuentra privado por cualquier causa de discernimiento. **2.**Conforme, reiterada doctrina ha señalado, discernir jurídicamente es diferenciar entre hacer o no hacer algo y conocer si ese "algo" es bueno o malo[1], o distinguir entre el bien y el mal, lo lícito o lo ilícito, lo que está o no permitido, lo que beneficia o es perjudicial[2]. La norma aludida no precisa alguna específica causa, de allí que Fernández Sessarego considere que la falta de discernimiento puede deberse no solo por enfermedad mental, sino que puede ser ocasionado por cualquier causa, siendo lo relevante que el agente no pueda discernir[3]. **3.** En esa perspectiva, para que exista dicha incapacidad no es necesario que previamente exista declaración de interdicción, pues lo que se tiene en cuenta es la falta de discernimiento y no la interdicción declarada. **4.** Así las cosas, si bien es cierto no existe declaración de interdicción respecto a la señora Alpaca Villar, no es menos verdad que obran en el expediente los siguientes medios probatorios: a. Historia Clínica del Ministerio de Salud del Hospital San José, de Ciriaca Alpaca Villar, de la que se infiere que la paciente se atendió entre los años 1995 a 2013. b. Informe Médico Psiquiátrico emitido por el Hospital San José,

de fecha veintitrés de abril de dos mil uno, en el que se diagnostica a la paciente: Trastorno orgánico cerebral, demencia senil. c. Informe Médico Nº246-HSJ-C-06, que da cuenta que Ciriaca Alpaca Villar fue ingresada al servicio de hospitalización en enero de 1996 por hipertensión arterial severa más mareos y cefalea catalogados con encefalopatía hipertensiva. Reingresando al servicio de hospitalización de medicina en febrero de 2001 con los diagnósticos de crisis hipertensiva y accidente de cerebro vascular tipo isquémico. **5.** Los referidos medios probatorios acreditan la falta de discernimiento de la señora Alpaca Villar al momento de suscribir el acto jurídico cuya nulidad se deduce. **6.** Además, debe indicarse que a dichas pruebas, deben añadirse los indicios existentes: i) En la escritura pública de fecha diez de mayo de dos mil tres se hace constar que Ciriaca Alpaca Villar, se encuentra imposibilitada físicamente de firmar. ii) El testigo Viterbo Espejo Tello señala (fojas trescientos veintinueve) que presenció delante del notario que Carlos Visitación Valverde Bravo (cónyuge de la demandada compradora Juana Valencia Alvarado) contó el dinero materia de transferencia. Ello resulta incongruente con la lectura de la minuta de fecha once de abril de dos mil tres, en la que se indica que en dicho acto se canceló al contado el monto materia de transferencia. iii) Además, tampoco resulta congruente el hecho que haya sido Carlos Visitación Valverde Bravo quién contara el dinero y no la propia vendedora o quien la haya representado, y tampoco obra cláusula del notario que compruebe lo expuesto. Hay que recordar que aquí que en procesos de este tipo hay que recurrir a pruebas indiciarias y que ello

supone la existencia de: (i) un hecho conocido; (ii) un hecho desconocido; y (iii) “una inferencia lógica por medio de la cual partiendo del hecho conocido se logre con certeza o probabilidad, deducir el hecho que pretendíamos conocer[4]”. Así las cosas, habiéndose determinado el grado de enfermedad de la señora Alpaca Villar y la antigüedad de sus lesiones, se puede colegir con seguridad que al momento de suscribir la compraventa no podía discernir lo que le convenía. Por lo demás, conforme lo ha señalado el voto en discordia, tal incapacidad era manifiesta y, por tanto “los actos jurídicos celebrados con anterioridad a la interdicción pueden ser nulos y anulables, dependiendo de cada situación concreta y sobre todo del grado de incapacidad que presente uno de los otorgantes”[5], para ello resulta necesario realizar un análisis de la notoriedad del caso; esto es, evidencia de la capacidad de la persona, lo que se ha cumplido con hacer en la presente resolución.

V. DECISIÓN

Por esto fundamentos y en aplicación de artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Mary Beatriz Becerra, mediante escrito de fecha seis de noviembre de dos mil quince, **NULA** la sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao. b) *Actuando en sede de instancia* **REVOCARON** la resolución de primera instancia de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, que declara *infundada* la demanda y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda. c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario

oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos con Juana Valencia Alvarado y otro, sobre nulidad de acto jurídico. Intervino como ponente, el señor Juez Supremo Calderón Puertas**.**

SS. TELLO GILARDI, DEL CARPIO RODRIGUEZ, RODRIGUEZ CHAVEZ, CALDERÓN PUERTAS, DE LA BARRA BARRERA.

---

[1] Espinoza Espinoza, Juan (2012). Derecho de las Personas – Tomo I. Lima: Grijley, pág. 907.
[2] Torres Vasquez, Aníbal (2015).Acto Jurídico – Volumen II. Lima: Instituto Pacífico, pág. 988.
[3] Fernández Sessarego, Carlos (2010). Derecho de las Personas. Lima: Grijley, pág. 167.

EXPEDIENTE 01305-2012-0-1001-JR-FC-03 SENTENCIA (15 de Julio de 2015)	
Juez	EDWIN ROMEL BEJAR ROJAS Tercer Juzgado de Familia de Cusco.
Materia	INTERDICCIÓN
Demandante	MARTA ROSALVINA CIPRIAN VIUDA DE VELASQUEZ
Demandados	RUBEN VELASQUEZ CIPRIAN WILBERT VELASQUEZ CIPRIAN MILAGROS VELASQUEZ CIPRIAN CORINA VELASQUEZ CIPRIAN
Fundamento jurídico relevante	En merito a la Demanda de interdicción civil y nombramiento de curador, presentada por una madre contra sus hijos Wilbert y Rubén de 49 y 47 años de edad respectivamente, ambos con diagnóstico de "esquizofrenia paranoide", el Juez del Tercer Juzgado de Familia, Edwin Romel Bejar Rojas dictó una sentencia trascendental que marcará un buen precedente en nuestro sistema jurídico a favor de personas con discapacidad, en aplicación del control difuso de convencionalidad, declarando inaplicable algunos artículos del código civil, referidos a la incapacidad civil absoluta y relativa, por ser incompatibles con el derecho, reconociendo la capacidad jurídica de ambos en igualdad de condiciones con las demás personas. La decisión además de estar enmarcada en una sentencia formal también ha merecido una excelente práctica por parte del juez, al adaptarla a un formato de fácil lectura clara, directa y sencilla para que puedan entender y comprender adecuadamente su contenido. Asimismo, exhortó al Congreso de la República para que acelere el proceso de armonización del Ordenamiento Jurídico vigente a lo dispuesto por el artículo 12 de la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", incluyendo la reforma del Código Civil sobre capacidad jurídica, interdicción y curatela, promoviendo la creación de sistemas de apoyo para la toma de decisiones de

	personas con discapacidad psicosocial e intelectual, asegurando el reconocimiento y ejercicio del derecho de su capacidad jurídica. En efecto, es necesario que desde el Estado se adopten acciones necesarias para revertir la situación actual en el que se encuentran la personas con discapacidad, al establecer directivas, guías y demás documentos para fijar los alcances y límites de cómo deben funcionar estos sistemas de apoyo, en especial cuando estos sean brindados por una institución u organización sin fines de lucro, o por instituciones públicas. Se deben formular directivas y guías de buenas prácticas para adoptar medidas proactivas para promover la concientización de funcionarios y servidores públicos respecto del reconocimiento del derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La Presidenta de la Corte Superior de Justicia del Cusco, magistrada Elizabeth Grossmann Casas, saludó y felicitó el accionar del Juez al aplicar esta buena práctica y exhortó a los jueces que conozcan procesos de interdicción civil de personas con discapacidad a señalar sus actuaciones judiciales de forma expresa y sobre todo con términos sencillos en función al grado de incapacidad que se haya probado, para evitar posibles excesos contra la voluntad o interés de las personas con discapacidad, dijo que “El Poder Judicial debe inclinarse hacia el resguardo de su capacidad jurídica”.

S E N T E N C I A

Resolución Nº 32

Cusco, quince de Junio Del año dos mil quince.

VISTOS.- El expediente que contiene el proceso por interdicción, el dictamen fiscal y el auto para emitir sentencia:

I. **ANTECEDENTES**

PRIMERO: DE LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES DE LA DEMANDA:

1.1. PRETENSIÓN: Conforme se tiene del escrito de demanda de Páginas 22 y siguientes, MARTA ROSALVINA CIPRIAN DE VELAZQUEZ interpone demanda contra WILBERT, RUBEN, CORINA Y MILAGROS VELÁSQUEZ CIPRIAN, con la pretensión de Declaración Judicial de interdicción civil y nombramiento de curador, a efectos de que se declare interdictos a WILBERT Y RUBEN VELÁSQUEZ CIPRIAN por tener esquizofrenia y se nombre como curadora a la recurrente.

1.2. FUNDAMENTOS DE HECHO: La recurrente es madre de los demandados Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian de 47 y 45 años de edad respectivamente, concebidos dentro del matrimonio con quien en vida fue Dr. Justo Pastor Velásquez León. Refiere que sus hijos adquirieron la enfermedad de ESQUIZOFRENIA PARANOIDE, en el caso de Wilbert a los 20 años de edad y en caso de Rubén a los 18 años de edad, enfermedad que limita de sobre manera a los demandados para valerse por sí mismos, y les genera una absoluta incapacidad mental. Los demandados son mayores de edad actualmente viviendo en el domicilio de la recurrente, no teniendo bienes a su nombre; siendo que ambos demandados se encuentran dentro de los presupuestos para declararlos civilmente interdictos. Que estando a la designación de curador para los demandados para lo cual propone sea la recurrente, quien cuenta con suficiente solvencia moral y económica.

2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1.- Por escrito de páginas 54 y siguientes, Corina y Milagro Velásquez Ciprian, absuelven la demanda allanándose a la misma, argumentando lo siguiente: Que ambas demandadas refieren ser hermanas de los

demandados. Que desde hace 20 años atrás las suscritas conocen de la enfermedad de sus hermanos lo cual les impiden tener una vida autónoma e independiente como mayores de edad, dependiendo a la fecha de su señora madre. Refieren que la enfermedad que presentan sus hermanos es muy grave y que a la fecha por trámites burocráticos no vienen siendo debidamente atendidos medicamente en el seguro social ni pueden acceder a la pensión de orfandad por su incapacidad por parte de su progenitor.

2.2. Por escrito de páginas 127 y siguientes, Ofelia Arredondo Huamán, curadora procesal de los demandados presuntos interdictos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian, absuelve la demanda, para lo cual se remite a los mismos fundamentos de la interposición de la demanda agregando que toda persona que afirma un hecho está en la imperiosa necesidad de acreditarlo con prueba evidente y fehaciente para que la pretensión sea declarada fundada.

SEGUNDO: DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.

1. AUTO ADMISORIO: Por Resolución N° 02 de fecha 13 de Agosto del 2012 (P. 31), se admitió a trámite la demanda, sustanciándose en la vía del proceso sumarísimo, con citación del Ministerio Público; notificándose con la demanda y el auto Admisorio a las partes conforme a las cedulas de páginas 32 al 41.

2. CURADOR PROCESAL: Mediante resolución N° 08 (P. 91) se resuelve nombrar curadora procesal de los demandados presuntos

interdictos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian a la abogada Ofelia Arredondo Huamán.

3. ABSOLUCIÓN DE LA DEMANDA:

3.1. Por Resolución N° 07 (P. 80) se da por contestada la demanda de las demandadas Corina y Milagros Velásquez Ciprian.

3.2. Por Resolución N° 11 (P. 129) se da por contestada la demanda de la curadora procesal Ofelia Arredondo Huamán, y se da el verificativo para la audiencia única el 21 de marzo del 2013.

4. **AUDIENCIA ÚNICA:** Verificada el 21 de marzo del 2013 (P. 152 al 157), en la que se saneó el proceso, se fijó punto controvertido, se admitieron y actuaron las pruebas.

4.1. **PUNTOS CONTROVERTIDOS**:

1.- Determinar si Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian tienen Esquizofrenia Paranoide y, como consecuencia, una discapacidad sicosocial.

2.- Determinar cuáles son las necesidades de los demandados; si su discapacidad sicosocial les impide a desarrollarse con independencia, estar en condiciones de trabajar y ejercer su capacidad de goce y ejercicio.

4.2. **RATIFICACIÓN PERICIAL:** Realizada en audiencia única de fecha 21 de marzo del 2013 (P. 154 y siguientes) por el médico Psiquiatra Jhon Omar Hermoza Llacta, sobre el informe Médico de fecha o4 de julio del 2012.

4.3. **CONTINUACION DE AUDIENCIA**: Verificada el día 11 de abril del año 2013 (P. 158 y siguientes), en el que se llevó a cabo la declaración de las demandadas Milagro Velásquez Ciprian y Corina Velásquez

Ciprian. Verificada el día 20 de mayo del año 2013 (P. 172 y siguientes), en el que se llevó a cabo la declaración del demandado Wilbert Velásquez Ciprian. Verificada el día 15 de agosto del año 2013 (P. 186 y siguientes), en el que se llevó a cabo la declaración del demandado Rubén Velásquez Ciprian.

5. **Resoluciones Relevantes**:

5.1. Por Res. N° 18 (P. 219 y 220), se dispone admitir como pruebas de oficio los medios probatorios que acrediten los bienes adquiridos pro Wilbert Velásquez Ciprian y Rubén Velázquez Ciprian

5.2. Por Res. N° 21 (Pág. 245-247) se admitió como prueba de oficio el informe de la Corte Superior de Justicia del Cusco, el informe que debe emitir la ONP, los certificados de discapacidad de ambos y otras.

DICTAMEN FISCAL II.

FUNDAMENTOS: DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA:

1. De la revisión y análisis de la demanda, las contestaciones a la demanda y de lo actuado en el proceso, se tiene que Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez interpone demanda de interdicción contra sus hijos Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian (personas con discapacidad sicosocial con esquizofrenia paranoide), a fin de que se les declare judicialmente interdictos y se les nombre un curador, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 43 y 44 del Código Civil, que determina la incapacidad absoluta y relativa de ejercicio; en ese contexto a efectos de resolver el presente caso, es de observar lo siguiente:

1.1. Antes de ingresar en el análisis de los argumentos de la demanda y si corresponde declarar la interdicción de los demandados quienes son personas con discapacidad sicosocial, éste juzgado, entiende que A EFECTOS DE LA SENTENCIA es pertinente DESARROLLAR preliminarmente sobre los derechos de las personas con discapacidad y la normatividad internacional y nacional vigente; la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, su problemática en su reconocimiento, su tratamiento en nuestro país y por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; y la aplicación del control difuso de convencionalidad como mecanismo de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

1.2. El segundo asunto del que se ocupará esta sentencia analizando el caso, es determinar si al aplicarse el numeral 2 del artículo 43 o numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil referidos a la incapacidad absoluta y relativa de ejercicio como causal de interdicción invocados en la demanda, se vulnera el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de los demandados en su condición de personas con discapacidad sicosocial y si es posible aplicar el control difuso de convencionalidad para el caso concreto.

1.3. Asimismo, es objeto de la presente sentencia, determinar si es posible establecer a favor de los demandados un sistema de apoyo para la toma de decisiones y establecer salvaguardas, en especial, en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la pensión, considerando que el motivo por el cual se solicita la interdicción de los demandados es a fin de que pueda tramitarse a su favor la pensión de

orfandad por incapacidad de su causante su progenitor por el Poder Judicial y la Oficina de Normalización Previsional, en adelante la ONP, esto en razón que se les exige para acceder a la referida pensión como requisito adjuntar la resolución judicial de interdicción de sus hijos y nombramiento de curador.

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

2. Generalidades de la Discapacidad:

2.1. El concepto de discapacidad no es estático, ha mutado en el tiempo y sigue en nuestro país el porcentaje señalado por la Organización Mundial de la Salud, las cifras serían mucho mayores. Las circunstancias en que vive la mayoría de este colectivo, es de ser víctimas de múltiples y agravadas formas de discriminación, en el acceso a la educación, a los servicios de salud, en el trabajo, transporte, entre otros. Asimismo, las personas con discapacidad deben hacer frente a diversas barreras físicas, sociales y culturales que les impiden gozar plenamente de las libertades y derechos fundamentales como la igualdad ante la ley, la libertad de tránsito, el derecho al trabajo, la capacidad jurídica y la accesibilidad universal; los que suceden por el desconocimiento y el incumplimiento de los derechos reconocidos a su favor.

2.2. El Perú no es ajeno a ésta realidad y, conforme se aprecia de los informes de la Defensoría del Pueblo, de organizaciones de y para personas con discapacidad, como SODIS, CONFENADIP, SPSD, se vienen registrando vulneraciones a los derechos de las personas con

discapacidad, tales como la discriminación por razón de discapacidad, la denegación de ajustes razonables, el reconocimiento a su capacidad jurídica, la accesibilidad, acceso a la justicia, entre otros, por ello, es necesario conocer en forma sucinta, los aspectos más importantes de las normas vigentes a nivel internacional y nacional que regulan sus derechos, especialmente la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, la nueva Ley general de las personas con discapacidad, así como, jurisprudencia sobre el tema.

3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad - Naciones Unidas.

3.1. Aprobación y vigencia. El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la CDPD) y su Protocolo Facultativo, convirtiéndola en el octavo tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Estado peruano ha ratificado ambos instrumentos mediante el Decreto Supremo 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre del 2007, obligándose a garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la CDPD a través de sus diversos sectores y niveles de gobierno. Su vigencia a nivel nacional e internacional se produjo el 3 de mayo de 2008.

3.2. Objetivos e Importancia. La CDPD representa un cambio histórico para mujeres y hombres con discapacidad en todo el mundo, al asumirse el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, que atañe de manera directa a ese 15% de la humanidad más olvidado y discriminado a lo largo de la historia en la casi totalidad de las

sociedades humanas. En la actualidad constituye el documento que representa el mayor avance sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (en adelante PCD) y el marco Jurídico aplicable en el País. Es considerada uno de los instrumentos de derechos humanos técnicamente más avanzados de cuantos se han desarrollado hasta la fecha.

Su objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. La CDPD constituye, además, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante de protección de derechos humanos que aborda de manera específica los derechos de las personas con discapacidad, establece las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad. Así, si bien la Convención no reconoce ningún nuevo derecho humano a las personas con discapacidad, aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de estas personas.

Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad Artículo 1. 6 3.3. Modelo Social.- La discapacidad es una categoría social en permanente cambio cuya interpretación se encuentra íntimamente influida por las actitudes y paradigmas de las sociedades hacia las personas con esta condición. Por ello, se distinguen distintos modelos o paradigmas históricos de tratamiento a las PCD (modelo de prescindencia, modelo médico y modelo social), los cuales tienen

implicancias significativas en la concepción de la discapacidad y el reconocimiento de derechos. El modelo social, que constituye una respuesta directa a los modelos previos, entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. De este modo, bajo el modelo social no son las características individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar adecuadamente que las necesidades de las PCD sean tenidas en cuenta. Esta distinción es de suma importancia pues al tomarse conciencia de los factores sociales que integran el fenómeno de la discapacidad, las soluciones no se elaboran apuntando individualmente a la persona afectada, sino más bien se encuentran dirigidas hacia la sociedad, o teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida. El cambio de paradigma descrito apuntala también la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida. La CDPD aboga por la autonomía personal de las personas con discapacidad, incluyendo la libertad de tomar sus propias decisiones. La autonomía, como valor asociado a la dignidad, entraña la apertura un espacio libre o sin restricciones para la acción voluntaria basada en la conciencia y las elecciones libremente adoptadas de la persona. Las sociedades, sin embargo, a menudo no toman en serio la autonomía de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, limitando al mínimo sus espacios de toma de decisiones o restringiéndola por completo. En ese sentido, el modelo

social o de derechos humanos debe constituir el trasfondo de interpretación de todos los derechos reconocidos por la CDPD, incluyendo el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento de su capacidad jurídica.

3.4. Definición de discapacidad. La discapacidad se define como la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y las barreras debidas a la actitud y al entorno que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La causa de la discapacidad no está en la persona o sus características físicas o mentales sino en la sociedad, por ello, los problemas que enfrentan las PCD no son un resultado de la deficiencia de la persona sino más bien consecuencias de las barreras existentes en la sociedad, las cuales pueden ser físicas, de actitud, jurídicas, informativas, o cualquier otro tipo de barrera que provenga de la falla de una sociedad o cultura en darle cabida a una persona. Consecuentemente, el Estado tiene la obligación de hacer frente a los obstáculos creados por la falta de conciencia del propio Estado y la sociedad hacia la diferencia que representa la discapacidad; todo con el fin de promover y garantizar el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas.

3.5. Accesibilidad y Diseño Universal. Es el paradigma de mayor innovación que establece la CDPD. Se dirige a combatir la discriminación y asegurar la igualdad de 6 Ver: PALACIOS, Agustina y otros, El Modelo de la Diversidad, La bioética y los Derechos Humanos como Herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad

funcional, Diversitas Ediciones, Madrid 2006 pp 37-55 7 Artículo 1 de la CDPD. 8 VASQUEZ ENCALADA, Alberto. El camino a la libertad. La capacidad jurídica de las personas con síndrome Down en el Perú. SPSD, 2012. p.7. 9 Artículo 3 literal a) de la CDPD. 10 Ibíd. p.13. 11 Artículo 12 de la CDPD. 12 PALACIOS, Agustina. Op. cit. p. 103-151 7 oportunidades, contiene el mandato de transformación de entornos; es decir, se pasa de instalaciones, bienes y servicios que son inaccesibles y excluyentes para muchos a la obligación de diseñar, adecuar y construir entornos, instalaciones, bienes y servicios que deben ser incluyentes y accesibles para todos. Asimismo, corresponde a este paradigma la existencia de obligaciones tanto de entidades públicas y privadas de brindar ajustes razonables, adecuados a las necesidades individuales de las personas con discapacidad, para el ejercicio pleno de todos sus derechos. Su objetivo es ofrecer entornos y productos cuyo uso resulte cómodo, seguro y agradable para todos, incluidas las PCD; vale decir, aspira a la realización de la accesibilidad universal. Así también, la accesibilidad física o informativa es un medio que el Estado debe garantizar para que las personas con discapacidad física o sensorial puedan ejercer, sin limitaciones, los derechos a la libre movilidad o de información y expresión; la rampa no es un derecho, es un instrumento para el disfrute de un derecho; lo mismo podemos decir del Braille y de la lengua de señas de nuestros países, o el uso de programas informáticos y tecnología como lectores de pantalla, magnificadores, telelupas, que permiten que la PCD se desenvuelva en condiciones de igualdad frente a los demás. Los ajustes razonables implican adaptar

determinado entorno o servicio a las necesidades específicas de una PCD; constituyen medidas específicas de accesibilidad para un caso concreto, que se adoptan cuando no ha sido posible prever el diseño para todos. Cabe indicar, que el denegar los ajustes razonables también constituye discriminación por motivo de discapacidad.

3.6. Capacidad Jurídica de la PCD. Constituye otro paradigma trascendente de la CDPD. En su artículo 12 reconoce la capacidad jurídica de las PCD en igualdad de condiciones que las demás. Se trata de poner fin a cualquier situación de discriminación e indefensión. En concreto, subraya la necesidad de respetar sus derechos, voluntad y preferencias e insta a tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas" para garantizar el derecho de las PCD a ser propietarias, heredar bienes, controlar sus asuntos económicos, acceder en igualdad de condiciones a préstamos bancarios o no ser privadas de sus bienes de "manera arbitraria". Este planteamiento supone un cambio en el modelo a la hora de regular la capacidad jurídica de las PCD, en particular de aquellas que pueden requerir la intervención de un tercero para el ejercicio de sus derechos, como las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Así, mientras que el modelo tradicional propone un sistema de “representación” o “sustitución” en la toma de decisiones (a través de interdicción o la curatela), el modelo propuesto por la Convención aboga por un sistema de “apoyos”. La Convención, de este modo, obliga a los Estados a replantear la manera como han venido abordando la “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad en sus legislaciones internas.

3.7. Principios. En su artículo 3, la CDPD establece los principios generales que son aplicables para la interpretación en la aplicación y mayor respeto de los derechos de las personas con discapacidad, como: El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; La no discriminación; La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; La igualdad de oportunidades; La accesibilidad; La igualdad entre el hombre y la mujer; El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. DE ASIS, Rafael y otros. “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”. En: Derechos y Libertades. Número 15, Época II. Madrid, 2007. p.68 Ibíd. Op.cit. p.68-69. Los autores destacan que es imposible garantizar la accesibilidad universal a través de la sola estrategia del diseño para todos dadas las infinitas situaciones que pueden presentarse en la realidad. De ahí la importancia del concepto de ajustes razonables.

3.8. Obligaciones del Estado. Es importante precisar que no es que la Convención haya creado nuevos derechos a favor de las personas con discapacidad, pues son los mismos que se encuentran reconocidos para todas las personas. Lo que sucede es que al existir entornos sociales y culturales que subestiman, discriminan y excluyen a las PCD, y de entornos físicos no accesibles y servicios no accesibles, se multiplican las violaciones de derechos humanos de las personas con discapacidad,

por lo que era indispensable que la Convención no sólo aclare que los Estados no deben discriminar a las personas con discapacidad, sino que también establece las numerosas medidas que los Estados deben adoptar a fin de crear un entorno que permita que las personas con discapacidad gocen de verdadera igualdad en la sociedad. Por ejemplo, la adopción de medidas para asegurar la accesibilidad del entorno físico y de la tecnología de la información y las comunicaciones. Asimismo, los Estados están obligados a lograr que haya mayor conciencia, promover el acceso a la justicia, asegurar la movilidad personal y recopilar datos desglosados en relación con la Convención. De esta forma, la Convención profundiza mucho más que otros tratados de derechos humanos en la determinación de las medidas que los Estados deben adoptar a fin de impedir la discriminación y lograr la igualdad para todos.

4. Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973.

4.1. Publicada el 24 de diciembre del 2012, ha significado la incorporación a nivel legislativo del estándar internacional que representa la CDPD. Con anterioridad, el Estado peruano había aprobado una serie de normas que regulaban el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los distintos sectores y niveles de gobierno en esta materia, pero con una clara orientación hacia el paternalismo, la rehabilitación y la seguridad social. La Ley 29973, por el contrario, tiene como marco de referencia a los principios de autonomía, igualdad y participación,

proponiendo el respeto, protección y realización de todos los derechos fundamentales de todas las personas con discapacidad.

4.2. Este nuevo marco de referencia es significativo. En primer lugar, la ley considera a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, con ciudadanía plena, rompiendo el paradigma de la persona que es objeto de medidas de protección y asistencia. En segundo lugar, la Ley visibiliza violaciones que hasta hoy habían sido asumidas como naturales en nuestra sociedad, como la existencia de la figura de la interdicción o la inexistencia de ajustes razonables en el empleo. En tercer lugar, la Ley cuestiona las políticas sectoriales y locales existentes, y obliga a los distintos sectores y niveles de gobierno a incorporar las demandas y las necesidades de las personas con discapacidad. En cuarto lugar, la Ley aboga por la inclusión de la persona con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, desde la educación hasta el deporte, reconociendo expresamente su derecho a vivir en la comunidad. Finalmente, la Ley propone una nueva agenda política y social para el Estado peruano: garantizar la igualdad en el respeto, protección y realización de todos los derechos humanos, independientemente de la diferencia de la discapacidad.

5. Jurisprudencia sobre Discapacidad. Cabe destacar que el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido la importancia del modelo social y de la CDPD en la interpretación de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Así, el TC ha señalado que son las “condiciones y características del ambiente o entorno social” –y no las deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales y mentales- las que han

determinado la exclusión de las personas con discapacidad de una serie procesos sociales.17 Por tal motivo, el deber del Estado es 15 SODIS. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, 2013. p.5. 16 Ibid. TC. Sentencia recaída en el Expediente 02437-2013-PA/TC. Párrafos 8 y 9. 9 promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas. Asimismo, el TC ha recordado que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, incluyendo la CDPD, constituyen un parámetro interpretativo del contenido protegido por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad. Más aún, el TC ha destacado que los principios reconocidos en la Convención constituyen la "razón subyacente" que debe acompañar a toda medida que se adopte o se deje de adoptar en el marco de las tareas estatales que se derivan de los derechos de las personas con discapacidad.

6. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

Teniendo en cuenta que uno de los aspectos trascendentes de la presente sentencia está relacionada a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es necesario realizar un breve repaso sobre lo que se entiende por personalidad o capacidad jurídica, la problemática existente de cómo esto afecta a las personas con discapacidad intelectual y sicosocial, la regulación nacional sobre la materia, lo establecido en el artículo 12 de la CDPD y la Observación General N° 01

sobre el tema del Comité de Naciones Unidas de la CDPD, para lo cual se ha tomado como referencia doctrina especializada y lo desarrollado al respecto por las organizaciones de PCD en el Perú.

6.1. Personalidad y capacidad jurídica: entre la capacidad de goce y de ejercicio.- Todos los sistemas jurídicos distinguen entre una dimensión de titularidad de los derechos y una dimensión de ejercicio de los mismos. La condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos y la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos. El derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos fundamentales. En este entendido, la capacidad tendría una doble dimensión: la 'capacidad de goce' y la 'capacidad de ejercicio'. A la capacidad jurídica genérica o de goce se le suele definir como "la aptitud del hombre a ser titular de derechos y deberes" De este modo, es equivalente a 'subjetividad jurídica' o, como apunta la mayoría de los autores, a la 'personalidad jurídica'. En efecto, esta "aptitud" instalada en la subjetividad es inherente al ser humano, indesligable de su propia naturaleza: se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue con la muerte. Debido a ello algunos autores consideran irrelevante aludir a ella. Por su parte, la capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar se refiere a la capacidad y la facultad de una persona –en virtud del derecho- de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un

sentido más general, de crear, Véase lo señalado por SODIS en el amicus presentado y el informe El camino a la libertad. La capacidad jurídica de las personas con síndrome Down en el Perú. BARIFFI, Francisco. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. En: PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.). Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2009. p.293.

NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Informe presentado con ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre Discapacidad. Tomado de: Capacidad Jurídica y Discapacidad. Cuaderno de Trabajo Nº 1: Argentina. Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Cáceres, 2008. p.42. 23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?. En suma, a la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente. La capacidad de ejercicio alude a la idoneidad del sujeto a desplegar directamente su propia autonomía. A diferencia de la personalidad jurídica (o la capacidad de goce), que le corresponde a todo ser humano, el ejercicio de la capacidad de obrar suele encontrarse sujeto a la posesión de ciertos requisitos como una edad mínima y la capacidad de comprender el significado de las propias acciones y sus consecuencias. Así, casi todos los ordenamientos jurídicos establecen la posibilidad de limitarla o restringirla cuando el individuo es incapaz de proteger sus propios intereses. Esta limitación

de la capacidad de ejercicio no incide sobre la capacidad de goce. La capacidad jurídica, por su parte, se considera un atributo de la personalidad. Puede definirse como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma, sin asistencia o representación de un tercero. Es decir, presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) pero también la capacidad de ejercer dichos derechos o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). El término genérico 'capacidad jurídica' utilizado en el artículo 12 de la CDPD incluiría, por tanto, la capacidad de ejercicio.

6.2. La problemática sobre la Capacidad Jurídica para las Personas con discapacidad. Históricamente las personas con discapacidad mental e intelectual han sido objeto de discriminación y exclusión. En este sentido, se las ha percibido como incapaces de tomar sus propias decisiones por lo que el Derecho, bajo una perspectiva que restringe su voluntad y autonomía, ha creado figuras como el proceso de interdicción y la representación mediante curatela para que una tercera persona las sustituya en la toma de decisiones. Así, mientras que a cualquier ciudadano se le permite elegir entre diversas opciones en cada momento de su vida, con altas posibilidades de error, las personas con discapacidad se ven obligadas a probar que su voluntad es calificada y que los riesgos de tomar una decisión errada serán bajos para que se les permita elegir por sí mismos. La consideración de que las personas con discapacidad sicosocial o intelectual no son capaces de tomar sus

propias decisiones, o no son capaces de realizar trámites legales o actos jurídicos por sí mismos, tiene su origen en prejuicios o estereotipos sociales, así como en un entendimiento limitado del principio de autonomía, los cuales constituyen barreras mentales traducidas en un sistema jurídico que presupone la incapacidad per se de las personas con discapacidad, restringiendo sus derechos a lo largo de sus vidas. Se requiere, por ello, un verdadero cambio por el cual se entienda que lo que las personas con discapacidad necesitan es que se garantice su acceso a apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica. El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad. Conceptos fundamentales y modo, como señala Alberto Vásquez, que una persona requiera de un apoyo para realizar un trámite o para ejercer un derecho no significa que deba perder el derecho a tomar una decisión o a renunciar a todos sus otros derechos. Cabe señalar, que cuando una persona es interdictada se le restringe todos sus derechos civiles, no puede decidir sobre su vida, con quién vivir, qué hacer, no puede votar, ni firmar sola un contrato, tampoco podrá casarse, ni abrir una cuenta bancaria por sí misma, decidir sobre una herencia, reclamar alimentos, tramitar una pensión de orfandad o registrar una asociación, menos trabajar si su curador independientemente de lo que él quiera no está de acuerdo, por ser él quien deberá tomar todas las decisiones. En el Perú, según los datos ofrecidos por la juez de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Jenny López, en la revista Jurídica, el 90% de los procesos de interdicción “corresponden a casos de personas de escasos

recursos económicos que lo único que desean es que el familiar presuntamente incapaz (quien ha adquirido la mayoría de edad) continúe recibiendo atención médica en un centro de salud estatal, y a casos en que los padres del pre interdicto gozan de alguna pensión y desean, ante su eventual fallecimiento, que ésta se traslade al hijo incapaz". De hecho, para obtener una pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) exige a las personas con discapacidad mental e intelectual una sentencia pese a que no está establecido este requisito en la normativa. Así, en nuestro país, miles de personas con discapacidad sicosocial y mental han sido interdictadas por sus familiares, obligadas por el sistema jurídico para poder realizar algún trámite o reclamar un derecho o beneficio. En la actualidad las propias personas con discapacidad, las familias, las organizaciones de personas con discapacidad y algunas entidades del gobierno a cargo de la inclusión social de personas con discapacidad, por mencionar algunas, entienden la importancia de asegurar el respeto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y están listas para asistirlas en el proceso de toma de decisiones conforme lo establece la CDPD, pero esperan del Estado la derogación de las normas que restringen sus derechos.

6.3. La Capacidad Jurídica en la CDPD. La CDPD ha intentado remediar esta profunda discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 12 de la CDPD señala lo siguiente: El artículo 12.1 reafirma que todas las personas tienen "derecho en todas partes al reconocimiento de su

personalidad jurídica". Esto, como hemos señalado, implica la consideración de la persona con discapacidad como persona desde el punto de vista jurídico y, por tanto, sujeto de derechos y obligaciones. Así ya había reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (artículo 16). El artículo 12.2, por su parte, establece que las personas con discapacidad "tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". Esto supone, como hemos analizado, el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad (lo cual se contrapone con aquellos ordenamientos que niegan o restringen la capacidad jurídica a determinados colectivos de personas con discapacidad). Para el ejercicio de esa capacidad jurídica, el artículo 12.3 prevé la adopción por los Estados partes de "medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". SODIS. Nota de prensa. Mayo, 2015. 12 Es decir, se pasa del sistema tradicional de sustitución en la toma de decisiones, a un sistema de apoyo en la toma de decisiones. El artículo 12.4 establece una serie de condiciones o salvaguardias para el funcionamiento de estas medidas de apoyo. En primer lugar, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. En segundo lugar, debe procurarse que no se produzcan conflictos de intereses ni influencias indebidas. En tercer lugar, las medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,

aplicándose en el plazo más corto posible. Finalmente, dichas medidas de apoyo deben estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Como señala Gerard Quinn, estas salvaguardas serán particularmente importantes en aquellos casos excepcionales donde las decisiones se tomarán, en gran parte, “por” la persona con discapacidad. Por último, el artículo 12.5 exige que los Estados partes tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. Como es evidente, este artículo no hace más que explicitar aquello que ya está implícito en el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Este planteamiento, uno de los más disputados durante las negociaciones del tratado, supone un cambio fundamental en el tratamiento legal de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en particular de aquellas que pueden requerir la intervención de un tercero para el ejercicio de sus derechos, como las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Así, la CDPD abandona el sistema de sustitución en la toma de decisiones por un sistema de apoyo en la toma de decisiones. Esto significa que los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad

jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica puede tomar distintas formas. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad — por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distinta y no convencional, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de

apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. De esta manera, un sistema de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variarán notablemente de una persona. Complementariamente, la CDPD establece una serie de condiciones o salvaguardias para el funcionamiento de estas medidas de apoyo. En primer lugar, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. En segundo lugar, debe procurarse que no se produzcan conflictos de intereses ni influencias indebidas. En tercer lugar, las medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicándose en el plazo más corto posible. En cuarto lugar, dichas medidas de apoyo deben estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Estas salvaguardas serán particularmente importantes en aquellos casos excepcionales donde las personas requieran de apoyos más intensos para la toma de decisiones. Es importante notar que el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la CDPD, entre ellos los siguientes: el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al acceso a la justicia; el derecho a no ser privado de la libertad de manera arbitraria o

en razón de una discapacidad; el derecho al respeto de la integridad física y mental; el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad; el derecho a elegir dónde y con quién vivir; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a casarse y fundar una familia; el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico; y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones. El desconocimiento de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir estos derechos.

6.5. El Comité de la CDPD y la Capacidad Jurídica de la PCD en el Perú. El Comité recomienda al Estado peruano que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención. Le recomienda también que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias. Cabe señalar que en relación a la Capacidad Jurídica de la PCD conforme al artículo 12 de la CDPD, el Comité ha emitido la Observación General N° 01, donde interpreta los alcances del referido artículo, las obligaciones del Estado, y la aplicación de un sistema de apoyo, debiendo erradicarse el sistema de sustitución asumido por los países parte; señalando lo siguiente: Las PCD en particular aquellas con deficiencias intelectuales o psicosociales- suelen enfrentar distintas restricciones a su capacidad jurídica. Esas limitaciones pueden estar fundadas en el diagnóstico de

una deficiencia (criterio basado en el estatus o condición); en la adopción de decisiones que tienen consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados); o en la evaluación de la aptitud de la persona para adoptar decisiones (criterio funcional). Existe un mal entendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. No se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas.

6.6. Otros Tratados. Al respecto, nuestro país forma parte de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con discapacidad. En dicho instrumento internacional, los Estados parte se comprometen a implementar todas las medidas necesarias para erradicar la discriminación en contra de las personas con discapacidad. Adicionalmente a ello, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha instado a todos los Estados miembros a asegurar el reconocimiento de la capacidad legal de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, adoptando medidas tales como reemplazar la interdicción y otras prácticas similares por un sistema de asistencia para la toma de decisiones. La Capacidad Jurídica de las PCD en el Ordenamiento Jurídico Peruano. A). Constitución Política.- La Constitución Política de 1993 señala que la persona “incapacitada para velar por sí misma a causa de una

deficiencia física o mental" tiene derecho al respeto de su dignidad y un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. De acuerdo con el TC, este es un mandato general dirigido al Estado orientado a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Asimismo, nuestra carta fundamental establece que es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de "limitaciones mentales o físicas". Además, dispone que el "impedido que trabaja" es objeto de protección prioritaria por el Estado. En relación con la capacidad jurídica, la Constitución Política admite la suspensión del ejercicio de la ciudadanía por: i) resolución judicial de interdicción; ii) por sentencia con pena privativa de la libertad; y iii) por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. Es decir, nuestra norma suprema admite la posibilidad de que se restrinja la capacidad jurídica de una persona por sentencia judicial. Una interpretación sistemática de la Constitución Política, sin embargo, nos orienta hacia una lectura en el que se reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás. En efecto, de una lectura conjunta los artículos 1, 2 y 7 de la Constitución Política, en los que se reconoce la defensa de la dignidad de la persona como fin de la sociedad y del Estado y se prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, no podrían establecerse restricciones a la capacidad jurídica en razón de la discapacidad de las personas. Además, conforme a su Cuarta Disposición Final y Transitoria, "el contenido de los derechos que reconoce la Constitución debe interpretarse de conformidad con la

Sentencia recaída en el Expediente 02437-2013-PA/TC. Párrafo 10. Artículo 16 de la Constitución Política. Artículo 23 de la Constitución Política. Artículo 33 de la Constitución Política. VILLAREAL, Carla. “El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú”. Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Lima: PUCP, 2014. p.82. DUDH y con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado peruano”. En tal sentido, el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica, que se desprende de los artículos 1, 2 numeral 2, 3 y 7 de la Constitución, debe ser interpretado de conformidad con la CDPD. B). Código Civil.- El Código Civil de 1984 admite la posibilidad de restringir la capacidad de ejercicio de distintos grupos de personas, incluyendo a personas con discapacidad intelectual y mental, a través del proceso de interdicción Civil. Si bien como regla general tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, pueden ser declarados absolutamente incapaces (Numeral 2 Art. 43 CC) “Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (personas con discapacidad intelectual y sicosocial o mental); o relativamente incapaces (Numeral 2 y 3 Art. 44 CC) “Los retardados mentales” y “Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (personas con discapacidad intelectual y psicosocial o mental), además, los representantes legales de los

“incapaces” ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, Art. 45 CC. La interdicción es el proceso judicial dirigido a declarar la “incapacidad” (relativa o absoluta) de una persona mayor de edad delegando el ejercicio de su capacidad a un curador. La curatela constituye una figura jurídica de protección y de guarda que tiene como objeto suplir la capacidad de ejercicio de las personas consideradas “incapaces”. En ese sentido, la sentencia de interdicción además de constituir la incapacidad, también somete al incapaz a dicho régimen de representación. Es importante notar que si bien el artículo 571 del Código Civil establece criterios para apreciar la incapacidad –que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena-, dichos criterios resultan sumamente amplios dejan un margen importante de arbitrariedad al juez y son incompatibles con el derecho a la autonomía y a la igualdad en el disfrute de la capacidad jurídica de las PCD, conforme la CDPD; ello ha generado, por ejemplo, que aún bajo el marco legal vigente que exige la evaluación de las aptitudes y capacidades de la persona (criterio por sí mismo contrario a la CDPD), se asuma que toda persona con discapacidad intelectual y mental, por su sola condición, requiera estar sujeta a la institución de la curatela. Como es evidente, el Código Civil se basa en un modelo de sustitución de toma de decisiones: declarada la interdicción, el curador asume su representación. Además, no contempla ningún mecanismo destinado a promover el modelo de apoyo en la toma de decisiones. En este orden

de ideas, la persona considerada incapaz, aun siendo mayor de edad, pasa a ser representada por curador en todos los aspectos de su vida. La ideología que subyace a esta regulación es que el curador debe sustituir a la persona en estado de interdicción por considerar que aquella no tiene la capacidad para obligarse ni tomar decisiones. Se trata de un sistema de sustitución completa de la persona a la cual únicamente se le reconoce la denominada capacidad de goce, pero se le restringe total o parcialmente la capacidad jurídica de ejercicio. De tal manera, los artículos 43 y 44 del Código Civil contradicen lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Es importante notar, no obstante, que la sentencia de interdicción debiera ser entendida como constitutiva y necesaria para la declaración de incapacidad pues toda persona es capaz para obrar mientras no sea judicialmente declarada su incapacidad. Es decir, existe una presunción iuris tantum de la capacidad de la persona. VASQUEZ ENCALADA, Alberto. Op. cit. p. 22. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 2313-2009-HC/TC, el TC ha señalado refiriéndose a las personas con “deterioro mental”: “(…) la ausencia de discernimiento estipulada en el artículo 43, inciso 2, del Código Civil, que constituye la causa de la aparición de la curatela, no debe ser comprendida de manera absoluta. Debe interpretarse en cambio, sobre la base de dos aspectos esenciales, como son: i) la relevancia que la decisión a tomar tiene en la vida de la persona que adolece de una enfermedad mental; y, ii) el grado de dificultad que tiene la persona que padece de la referida dolencia para evaluar y transmitir su decisión. Estos elementos tendrán

que ser tomados en consideración por el curador, así como por el juez encargado de resolver una controversia sobre estas cuestiones. Precisamente la vulnerabilidad de estas personas y la especial protección que se le reconoce obligan a ello". Nuestra Constitución Política, constituye un parámetro de interpretación vinculante en relación al igual reconocimiento la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (capacidad de goce y de ejercicio). De igual modo, las funciones del curador –proteger al incapaz, proveer en lo posible su restablecimiento, representarlo conforme al grado de su incapacidad y colocarlo en un establecimiento adecuado de ser necesario – contradicen abiertamente este mandado. En este sentido, la CDPD, que es parte del bloque de constitucionalidad, contrasta con la legislación civil que adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones y que perpetúa prejuicios hacia las personas con discapacidad mental e intelectual en lugar de afirmar que "discapacidad no es incapacidad". C). Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad.- La Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en materia de capacidad jurídica, en su artículo 9 dispone: 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. La norma descrita reconoce por primera vez en el ordenamiento peruano la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, con especial incidencia en el manejo de los asuntos económicos, el derecho a contraer matrimonio y, a decidir sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad. En el mismo sentido, la Ley 29973 reconoce también por primera vez en una norma interna el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 11), así como el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad (artículo 12). Precisamente estos son los principales ámbitos en los que las personas con discapacidad mental e intelectual han encontrado barreras para desarrollarse. D). Ley 29889.- Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental, publicada el 28 de junio del 2012, estableció en su artículo 2 lo siguiente: 2.1. Las personas con discapacidad mental tienen los mismos derechos que las demás, sin perjuicio de las medidas específicas establecidas en la legislación para promover su igualdad de oportunidades. El Estado garantiza a las personas con discapacidad mental el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad para obrar y la defensa de sus derechos (…). De este modo, tanto el artículo 9 de la Ley 29973 como el artículo 2 de la Ley 26842 reconocen la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental o psicosocial, contradiciendo lo dispuesto por distintos artículos del Código Civil. 6.7. Avances en el Perú

para el reconocimiento de la Capacidad Jurídica. Artículo 570 del Código Civil. Además del marco normativo señalado anteriormente, es importante notar que en los últimos años, a partir de la ratificación de la CDPD, se vienen desarrollando en nuestro país distintas acciones orientadas a promover y asegurar el reconocimiento pleno de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas con deficiencia intelectual y mental. A). Comisión Revisora del Código Civil.- La Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, al momento de ser aprobada en una de sus disposiciones finales ordenó al Congreso de la República la creación de una Comisión Especial encargada de revisar el Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y formular, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. Actualmente se encuentra en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de Congreso el informe final de la mencionada Comisión, que incluye un anteproyecto de reforma que busca que el Código Civil reconozca la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sin excepciones, y se eliminen las limitaciones y restricciones existentes a la capacidad de ejercicio de una persona en razón de su “falta de discernimiento” o “deterioro mental”. Adicionalmente, la Comisión ha propuesto un marco normativo que regule los apoyos y salvaguardias necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De conformidad con el texto adoptado, la discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio y las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y

voluntaria elección, tanto a nivel administrativo o judicial. B). Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial.- Con fecha 4 de setiembre de 2014, mediante Resolución Administrativa No 272-2014-P-PJ, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia ha exhortado a los Jueces de Familia Especializados y Superiores, y aquellos competentes, que conozcan procesos de interdicción civil de personas con discapacidad, a aplicar el artículo 581 del Código Civil señalando de forma clara, expresa y sencilla en las sentencias la extensión y límites de la curatela que se ordene, en función al grado de incapacidad que se haya probado, para evitar posibles excesos contra la voluntad o interés de las personas con discapacidad, siendo que el Poder Judicial debe inclinarse hacia el resguardo de su capacidad jurídica. La citada resolución hace también referencia a la necesidad que los magistrados, en virtud del artículo 9 de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, y el artículo 12 de la CDPD, garanticen a las personas con discapacidad el libre ejercicio de la capacidad legal, “estableciendo apoyos para la toma directa de decisiones que les competen y evitando posibles excesos en su contra por parte de los curadores”. C). Jurisprudencia.- En el ámbito jurisdiccional peruano recientemente se ha emitido un importante precedente en relación con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Mediante resolución del 26 de agosto del 2014, recaída en el Expediente 25158-2013, el Segundo Juzgado Constitucional de Lima declaró fundado amparo presentado contra una resolución judicial que había declarado interdicto a un ciudadano de 52 años de edad por su condición de

discapacidad. Esta sentencia resulta paradigmática pues reconoce la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones. En primer lugar, la sentencia se fundamenta en la CDPD y define la discapacidad como un resultado de la interacción entre la diversidad funcional y las barreras sociales que limitan y/o impiden la participación social. A partir de ello, la sentencia cuestiona concepto de “incapacidad” y hace notar la necesidad de que las personas con discapacidad mental sean “acudidas socialmente y respetadas en sus derechos, asumiendo esta condición y sensibilizando a los organismos sociales, siendo tarea de los actores jurídicos, aún el cambio de modelo y actualización de las categorías gramaticales y jurídicas a fin de tener un mejor trato y designación para las personas con respeto de su dignidad”. En segundo lugar, la sentencia destaca que, de acuerdo a los fundamentos de la CDPD, se debe avanzar del modelo de sustitución (interdicción civil) a un modelo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La sentencia enfatiza que, aun cuando se apliquen las normas del Código Civil actual, “debe entenderse el Proceso de Interdicción en uno por el que, la protección de los derechos de la persona con discapacidad es el fundamento principal de este proceso, que por protección se entiende la más mínima restricción de sus derechos civiles y el otorgamiento de un sistema de apoyo hacia esta persona para el goce completo de sus derechos”. Este sistema de apoyo, de acuerdo con la sentencia, puede ser variable según la casuística y debe ser un reflejo del estado físico y mental de la persona. Finalmente, la citada sentencia recomienda el

inicio de un proceso de sensibilización en todo el sistema de justicia, incluyendo los organismos gubernamentales relacionados con el tratamiento de la salud mental, como el Ministerio de Salud y Essalud, a fin de superar costumbre procesal que corresponde al modelo de sustitución. **DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

7.- Desde hace varios años atrás, se viene desarrollando un nuevo mecanismo de protección a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales al interior de un país, a través, de la figura jurídica del Control de Convencionalidad, como una forma de dar contenido a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas por un Estado al suscribir y ratificar un tratado internacional; al respecto, en cuanto a su alcances y aplicación por los jueces, es de observar:

7.1. En forma concreta se puede señalar que el control de convencionalidad está referido a que los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las normas de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos a las normas provenientes de su derecho interno, esto en razón, de que el Estado tiene la responsabilidad de disponer la adecuación de su derecho interno en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales, asumidas al suscribir y ratificar las convenciones de Derechos Humanos, conforme al principio de derecho internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del estado.

7.2. Esta doctrina ha sido desarrollada y sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se sustenta en brindar argumentos para internalizar y aplicar en cada país las convenciones de derechos humanos de las cuales son parte, a su vez de constituir un intento para dar cierta homogeneidad a la interpretación y alcances de los derechos humanos en nuestra región; siendo las sentencias más trascendentes que respaldan ésta nueva teoría: A). La Corte Interamericana en forma colegiada se refirió por primera vez al control de Convencionalidad en el caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia del 04 de septiembre del 2006, expresando en el párrafo 123: que el deber de adoptar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno (Art. 2) tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de

los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. A su vez, en el párrafo 124 expresó: La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. B). Poco tiempo después, la Corte Interamericana efectuó un análisis más profundo del Control de convencionalidad en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, sentencia del 24 de noviembre del 2006; en su párrafo 128 señala expresamente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como 20 pronunció dos sentencias de fuerte impacto debido no solo a los hechos analizados y a la confirmación de la Corte IDH como intérprete final de la Convención Americana. En el primer caso, Gómez Lund (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil (2010), la Corte Interamericana entendió que era

competente para realizar el control de convencionalidad entre la ley de amnistía de Brasil y la Convención Americana, en forma contraria a lo sostenido previamente por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. En el segundo caso, Cabrera García y Montiel Flores contra México59 (2010) la Corte Interamericana defendió el efecto persuasivo de su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad, al entender que los jueces y órganos judiciales vinculados a la Administración de Justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, intérprete última de la Convención Americana. D). Finalmente, en el Caso Gelman vs. Uruguay la Corte tuvo ocasión de ocuparse del análisis de convencionalidad de una Ley de Caducidad (una ley de amnistía), respaldada por un referéndum, cuyo contenido violaba gravemente diversos derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la que sostuvo, La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana [Cfr. Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001]. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto

formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (…), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial" (cfr. Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N.º 221, párrafos 238 y 239).

7.3. Desde el punto de vista normativo, el control de convencionalidad tiene sustento en la asunción del compromiso internacional por los Estados parte de la Convención Americana de cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana (Arts., 68 y 63.1). Además, como la propia jurisprudencia comentada lo ha subrayado, los Estados se han obligado a respetar los derechos establecidos por la CADH (art. 1) y comprometido a Ortega y Otros VS. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215, párr. 234, Caso Rosendo Cantó y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, párr. 219, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C N° 217, párr. 202, Caso Vélez Loor VS. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. En el caso Gomez Lund (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil, se investigaba

la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 víctimas, campesinos y miembros del Partido Comunista de Brasil, con motivo de las operaciones realizadas por el Ejército, entre 1972 y 1975, con el objeto de erradicar a la Guerrilla do Araguaia, en el contexto de la dictadura militar de Brasil (1964-1985). El Supremo Tribunal Federal declaró improcedente, por siete votos a dos, la acción de incumplimiento planteada con la finalidad de investigar los hechos al considerar que la Ley de Amnistía 6683 representó, en su momento, una etapa necesaria en el proceso de reconciliación y redemocratización del país y que no se trató de una auto amnistía En el caso, Cabrera García y Montiel Flores contra México Los hechos se produjeron en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero, como respuesta estatal al narcotráfico y a grupos arma dos como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR). En una acción del Ejército, que tuvo lugar el 2 de mayo de 1999, Cabrera García y Montiel Flores fueron sometidos a torturas mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército. El proceso penal que se realizó en contra de Cabrera García y Montiel Flores fue irregular y el Estado mexicano no fue diligente en sancionar a los responsables de los hechos por lo cual la Corte IDH lo consideró responsable de violar la CADH. La Corte IDH entendió que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público. Su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se

encuentre bajo su jurisdicción (párr. 87). La Corte IDH ha enfatizado el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).La Convención Americana expresamente establece que el fallo de la Corte Interamericana será notificado a las partes y transmitido a los Estados parte, lo cual demuestra que lo decidido en el caso concreto tiene efectos de pauta persuasiva para las Cortes Superiores y para los jueces de las diversas instancias nacionales. Lo cual también se sustenta en una interpretación de buena fe, de acuerdo con el pacta sunt servanta del art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969. Las disposiciones internas según el art. 27 de la citada Convención de Viena no pueden invocarse para incumplir el compromiso internacional.

7.4. En cuanto al Control Difuso de Convencionalidad se entiende que el estudio de una ley interna bajo esta teoría conforme a lo ya expresado, debe hacerse de oficio, es decir, aunque las partes no lo pidan, los Jueces deben analizar si una ley va o no en contra de una Convención Internacional de Derechos Humanos, y por ello se llama “Control de Convencionalidad Ex Officio”. Acorde con lo ya referido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias emitidas en los últimos años, ha establecido que todos los jueces deben garantizar la vigencia de los derechos previstos en la Convención Americana de

Derechos Humanos y en el supuesto que disposiciones internas violen esos derechos deben declarar su invalidez mediante el control de convencionalidad, realizado aún sin pedido de parte. Al materializar dicho control, los jueces nacionales están obligados no solamente a aplicar la Convención Americana sino también la jurisprudencia de la Corte.

7.5. En nuestra constitución, no se encuentra regulado el Control de Convencionalidad, sino, el Control difuso de Constitucionalidad, conforme a lo previsto por el artículo 138 de la Constitución Política del Estado que prescribe: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” Al respecto el Tribunal Constitucional lo define como un poder-deber del juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. Sin embargo, respecto a la aplicación de las Convenciones Internacionales en nuestro derecho interno, diversos autores como Cesar Landa refieren que los Tratados Internacionales ocupan una jerarquía superior al derecho interno: “Esta tesis uniformiza el Derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, bajo la primacía del Derecho internacional. En tal sentido, se sigue la tesis que asumen la supremacía del tratado internacional sobre la constitución- treaties supreme law of land-. Postulado que adquiere plena vigencia para la defensa de los derechos humanos, en la

defensa que la persona humana constituiría el sujeto de Derecho internacional, incluso mejor protegido que el Estado.” Similar criterio adopta Eduardo Ferrer: “la supremacía constitucional se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. (…) Lo anterior se admite en nuestra región, en donde CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluida las constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional.”. El Tribunal Constitucional refuerza este mismo concepto al señalar que la norma internacional es de aplicación general sin admitir pacto en contrario, es decir que el Convenio Internacional ni siquiera puede ser contradicho por el ordenamiento constitucional.

7.6.- En ese contexto, en Reciente sentencia del Tribunal Constitucional se ha reconocido la obligación de todos los jueces no solo aplicar el control difuso, sino, el control de convencionalidad conforme se aprecia de la sentencia del Exp. N° 04617- 2012-PA/TC Fun. 5, señaló: “Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que

tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogen y a la jurisprudencia de la Corte IDH".

7.7. Ahora bien, tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad presentan fundamentos jurídicos distintos pues responden a su vez a la necesidad de proteger e implementar instrumentos normativos de distinta naturaleza; de un lado, la Constitución, norma matriz del ordenamiento jurídico estatal; y de otro lado, Tratados Internacionales de Derechos Humanos; sin embargo, debe tenerse en cuenta, que en principio el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad aparentan estar en planos jurídicos distintos, ya que el primero tiene su fundamento en el Derecho Internacional mientras que el segundo, en el Derecho Constitucional, se trata de instrumentos que tienen como finalidad última la defensa de los derechos de los ciudadanos, de modo tal que corresponden ser utilizados de manera complementaria, a efectos de tutelar los derechos establecidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptando la interpretación que contribuya al mejor desarrollo y optimización de tales derechos.

7.8. En tal virtud, se puede concluir que el Control de Convencionalidad incide, en primer lugar, en el carácter de derecho interno de los tratados de Derechos Humanos incluyendo prevalentemente la Convención

Americana de Derechos Humanos y la obligación de todos los niveles de las jurisdicciones del Estado de aplicarla en forma directa, incluso sin petición expresa de las partes, es decir, aplicarla de oficio (Control Difuso de Convencionalidad); y la segunda consiste en aplicar la interpretación que se haya hecho de dichas convenciones, que para el caso de la Convención Americana, es realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (intérprete final), lo cual supone cierto grado de vinculación vertical con las Cortes Superiores.

7.9. Ahora bien, no debe perderse de vista que la aplicación del control difuso de convencionalidad, no está referido únicamente a la aplicación de la Convención Americana, sino, como lo ha referido la Corte IDH así como el Tribunal Constitucional está referida a la aplicación de toda convención de Derechos Humanos que haya sido suscrita y ratificada por el estado peruano; en ese contexto, conforme se ha desarrollado en el fundamento tercero de la presente sentencia, la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentra suscrita y ratificada por el Perú y constituye un tratado Internacional de Derechos Humanos jurídicamente vinculante que aborda de manera específica los derechos Humanos de las personas con discapacidad, por tanto, el Perú está obligado a cumplir con las normas y declaraciones que allí se registran. Esto queda claramente establecido en el artículo 4 de la Convención, de cuyo contenido se aprecia que los Estados Partes Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 04617-2012-PA/TC en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA.pdf. Se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los

derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como, abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella. En consecuencia, la Convención provee a las PCD un marco más amplio sobre la legislación nacional, y otorga un marco jurídico de mayor relevancia ante el cual recurrir y utilizar. Por ello, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, es posible hacer uso del control difuso de convencionalidad, verificando en cada caso concreto si lo establecido por la legislación interna, es incompatible con lo señalado por la CDPD y afecta a la dignidad y derechos intrínsecos de la persona con discapacidad. Esta obligación del Estado peruano de respetar y cumplir con los derechos de las PCD señalados en la CDPD, se extiende al Poder Ejecutivo, sus órganos desconcentrados y descentralizados, las instituciones constitucionalmente autónomas, las empresas del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades. Asimismo, reconoce la competencia vinculante del Comité sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad. Para lo cual, es necesario que el Estado mediante las entidades ya señaladas asuma el compromiso de poner en vigencia las normas allí establecidas mediante acciones concretas y en forma adecuada.

PRESUPUESTOS DE CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

8. A efectos de resolver el presente caso, es necesario precisar que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o contradice alegando hechos nuevos y que los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión; conforme así lo disponen los artículos 186°, 196° y 197° del Código Procesal Civil. **ANÁLISIS DEL CASO.**

9. Ingresando a resolver el fondo del caso concreto, se aprecia que Marta Rosalvina Ciprian de Velásquez interpone demanda de interdicción civil y nombramiento de curador contra sus dos hijos mayores de edad, Wilbert Velásquez Ciprian (49) y Rubén Velásquez Ciprian (47). Ambos demandados son personas con discapacidad sicosocial y tienen diagnóstico de “esquizofrenia paranoide”, son solteros y no tienen carga familiar, cuentan con educación superior (incompleta), viven en el domicilio de su madre y cuentan con bienes inmuebles que han heredado de su difunto padre. De acuerdo con los informes médicos

del Seguro Social de Salud (EsSalud) de fecha 4 de julio de 2012, ambos demandados se encuentran despiertos; orientados en tiempo, espacio y persona; con buen cuidado en aseo y aliño personal; y con lenguaje fluido y coherente. Ambos presentarían, a su vez, pensamiento con diluciones y cálculo, atención, memoria, juicio y abstracción disminuidos; recomendándose tratamiento farmacológico y psicoterapia periódica, soporte familiar constante y evitar situaciones psico-traumatizantes externas.

Del contenido de los informes sociales de fecha 23 de abril de 2013, solicitados por el juzgado al equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Cusco, se aprecia que ambos demandados se encuentran medicados y tienen consciencia de su diagnóstico y necesidad de tratamiento. Viven junto a su progenitora. Ambos refieren necesitar la declaración de interdicción a fin de poder acceder a la pensión por incapacidad dejada por su progenitor, así como a la cobertura de salud de EsSalud como derechohabientes, en su condición de hijos mayores con incapacidad total y permanente para el trabajo. Finalmente, ambos expresan su preocupación en relación al impacto de una posible interdicción en sus derechos al no poder tomar sus decisiones personales y depender de otra persona; inquietudes que también fueron apreciadas en sus declaraciones prestadas en el Juzgado, de cuyo contenido de sus respuestas se desprende que necesitan ser declarados interdictos no obstante de no estar de acuerdo a fin de que se les respete su derecho a su pensión y a la prestación de salud.

9.1. Conforme regula nuestra legislación, la acción para la declaración de Interdicción está dirigida a establecer el estado de incapacidad de ejercicio de una persona mayor de edad que por impedimento físico o mental no puede ejercer por sí mismos sus derechos61 estando sujetos a curatela, siempre que se encuentra incursa dentro de los supuestos previstos por el artículo 43 inciso 2) y artículo 44 incisos 2) al 8) del Código Civil, tal como se tiene de la norma legal que contiene el artículo 564 del citado cuerpo normativo. Habiendo sido concebida como una institución de protección para los mayores de edad, que no están en aptitud para dirigir su persona ni conservar sus bienes. Siendo así, la presente demanda de interdicción Civil se sustenta en lo establecido por el numeral 2 del artículo 43 y numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código civil vigente, dichas normas legales señalan lo siguiente: Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

9.2. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los demandados de los cuales se solicita su interdicción son personas con discapacidad sicosocial conforme se tiene de sus certificados de discapacidad que obran en el proceso, y al solicitarse su interdicción, lo que se cuestiona en sí es el pleno ejercicio de su capacidad jurídica; al respecto, como ya se ha desarrollado en los fundamentos dos a seis de la presente sentencia existe un marco normativo nacional e internacional que reconoce sus derechos, en especial es de observar la Convención sobre

los derechos de las personas con discapacidad; por ello, se debe determinar si las causales de interdicción previstas en los artículos 43 numeral 2 y 44 numerales 2 y 3 del Código civil son compatibles o no con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD. A ese respecto, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ya ha sido desarrollada ampliamente a título ilustrativo en el fundamento seis de la presente sentencia; sin embargo, es necesario reiterar que el artículo 12 de la CDPD establece que todas las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, entendiéndose que ésta comprende la capacidad de ejercicio la cual no puede ser limitada de forma alguna sino que debe garantizarse el acceso a sistemas de apoyo en favor de las PCD para su pleno ejercicio; por lo tanto, queda establecido que la CDPD propone crear un nuevo sistema para el ejercicio de la capacidad jurídica y la adopción de decisiones por parte de las personas con discapacidad, en que la participación directa, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad sean el elemento central en todo momento. Este planteamiento de la CDPD supone un cambio en el modelo a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en particular de aquellas que pueden requerir la intervención de un tercero para el ejercicio de sus derechos, como las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Así, mientras que el modelo tradicional propone un sistema de “representación” o “sustitución” en la toma de decisiones (a través de interdicción o la curatela), el modelo propuesto por la Convención aboga

por un sistema de “apoyos”, siendo ambos sustancialmente contradictorios. La Convención, de este modo, obliga a los Estados a replantear la manera como han venido abordando la “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad en sus legislaciones internas. En ese contexto, analizadas literal y teleológicamente las normas legales contenidas en el numeral 2 del artículo 43 del CC. Como causa de incapacidad absoluta de ejercicio y numeral 2 y 3 del artículo 44 del CC. Como causa de incapacidad relativa de ejercicio se aprecia lo siguiente: A). Cuando la norma legal del Numeral 2 art. 43 CC. Señala “Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” conforme a la doctrina se están refiriendo a personas con deficiencias intelectuales o mentales consideradas severas, como puede ser la Esquizofrenia Paranoide, cuyo “discernimiento” en condiciones de “normalidad” es normalmente puesto en cuestión. B). Cuando lo dispuesto por los Numerales 2 y 3 art. 44 CC. señalan “Los retardados mentales” y ”Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” respectivamente, se están refiriendo a las personas con discapacidad intelectual dentro de las cuales están incluidas las personas con Síndrome de Down, así como a personas con discapacidad sicosocial moderada; donde se aprecia además la utilización de un lenguaje discriminatorio hacia las PCD, de cuyo contenido se desprende que nuestro ordenamiento jurídico presupone la incapacidad de ejercicio de las PCD intelectual y sicosocial que no pueden tomar sus propias decisiones por contar únicamente con la discapacidad. C). De la lectura conjunta y sistemática de los artículos

referidos precedentemente con las demás del Código Civil vigente, se desprende que la regla general es la incapacidad de las PCD y la excepción su capacidad, si se tiene en cuenta que el artículo 42 dispone que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplidos dieciocho años; sin embargo, en forma contradictoria se impone como límite el contenido de los artículos 43 y 44 . D). Cabe indicar que, en teoría, el modelo de sustitución asumido por nuestro Código Civil tuvo como finalidad proteger a las personas con discapacidad intelectual y sicosocial de posibles abusos. Las situaciones de sustitución en la toma de decisiones suelen tener en el derecho una justificación proteccionista (paternalismo jurídico). En la práctica, sin embargo, el modelo de sustitución abre la puerta a la vulneración de sus derechos: facilita la institucionalización, la esterilización forzada, el internamiento involuntario, entre otras violaciones de derechos humanos. E). Si efectuamos una interpretación de los referidos artículos en el sentido que únicamente las personas que no pueden valerse por sí mismas cuentan con incapacidad absoluta o relativa susceptibles de interdicción, en el fondo la prohibición sigue siendo la misma en el sentido de limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y sicosocial basadas en un sistema de sustitución contraria a la CDPD que establece, como ya se dijo, que los Estados parte adopten un sistema de apoyo para el reconocimiento de la capacidad jurídica que antes que restringir su ejercicio lo promueva y proteja. F). De igual forma, si efectuamos una interpretación de los referidos artículos en el sentido de que la incapacidad absoluta o relativa se encuentran limitadas

a las personas que no pueden manifestar su voluntad por sí mismas o "por cualquier medio que la supla", contrario sensu, siempre que una persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad directa o indirectamente por cualquier medio, entonces continuará teniendo plena capacidad jurídica de ejercicio. Sin embargo, no obstante lo aparentemente favorable de la posible interpretación, el contexto en que se ubican estas disposiciones y las demás disposiciones legales relacionadas, nos llevan en la práctica a la conclusión contraria, es decir, que las personas con discapacidad intelectual son privadas de su capacidad jurídica independientemente de si pueden o no expresar su voluntad por cualquier medio, aún en aquellos códigos civiles que contemplan estas disposiciones de 'medios alternativos de expresar su voluntad'. Todo en razón que, como ya se dijo, nuestro ordenamiento jurídico y la sociedad presupone la incapacidad de las personas con discapacidad independientemente de si pueden expresar su voluntad o no, la cual pueda ser tomada o no en cuenta por un curador. G). Asimismo, si analizamos las funciones del curador –proteger al incapaz, proveer en lo posible su restablecimiento, representarlo conforme al grado de su incapacidad y colocarlo en un establecimiento adecuado de ser necesario– contradicen abiertamente el mandato del Artículo 12 de la CDPD pues no se considera en ningún momento la decisión y autonomía de la PCD. H). Considerando lo expuesto precedentemente, la forma en la que se encuentra redactada los artículos tantas veces referidos del Código Civil, y especialmente su concepción, es atentatoria al derecho a la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de

las personas con discapacidad sicosocial e intelectual, no pudiendo interpretarse de alguna forma que sea compatible con los derechos fundamentales ya señalados por ser claramente contradictorios, por lo que declarar una interdicción parcial o solo para determinados aspectos de la vida, afecta al derecho intrínseco y de la PCD y el espíritu del artículo 12 de la CDPD al no tomar en cuenta la decisión y autonomía de las PCD. Por lo expuesto en el fundamento precedente, queda claro que aún en nuestro Código Civil se establece que la discapacidad sicosocial o intelectual consistente en el estar privados de discernimiento, tener retardo mental o deterioro mental, son causas para determinar la incapacidad absoluta o relativa de ejercicio, declarando su interdicción y nombrando un curador quien asume su representación; de lo que se desprende, que aún se basa en un modelo de sustitución de toma de decisiones completa de la persona a la cual únicamente se le reconoce la denominada capacidad de goce, pero se le restringe total o parcialmente la capacidad jurídica de ejercicio, además de no contemplar ningún mecanismo destinado a promover el modelo de apoyo en la toma de decisiones. En este orden de ideas, los artículos 43 y 44 del Código Civil ya referidos son incompatibles con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD que, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política, constituye un parámetro de interpretación vinculante en relación al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad (capacidad de goce y de ejercicio). Artículo 570 del Código Civil. VILLAREAL, Carla. Op.Cit. p.120. 9.3. Además de los argumentos expuestos, es de

tener en cuenta que la personalidad y la capacidad jurídica en la actualidad tiene dos aproximaciones que, aunque debieran complementarias, pueden no siempre coincidir: los derechos humanos y el derecho civil. Así, aunque la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del derecho privado sobre la base de los antecedentes históricos del derecho romano, hoy día, parece indudable que el establecimiento de sus condiciones jurídicas de ejercicio, "está directamente condicionado por estándares de derechos humanos y libertades fundamentales e carácter universal". En efecto, si la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los derechos, qué sentido tendría el exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos por la CDPD si se deniega su ejercicio a las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales. Como ya se dijo, no debe perderse de vista que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las PCD, está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de sus derechos humanos reconocidos en los diversos tratados de los cuales el Perú es parte, y especialmente de aquellos preponderados por la CDPD como son: el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho al acceso a la justicia; el derecho a no ser privado de la libertad de manera arbitraria o en razón de una discapacidad; el derecho al respeto de la integridad física y mental; el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad; el derecho a elegir dónde y con quién vivir; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a casarse y fundar una familia; el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico; y el derecho a votar y a presentarse como candidato

en las elecciones. Por ello, desconocer la capacidad jurídica de las PCD compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir estos derechos. En ese orden de ideas, efectuada una lectura conjunta y sistemática de los artículos 1, 2 numeral 2, 3, y 7 de la Constitución Política, en los que se reconoce la defensa de la dignidad de la persona como fin de la sociedad y del Estado y se prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, y la protección especial del estado a las personas con discapacidad, no podrían establecerse restricciones a la capacidad jurídica en razón de la discapacidad de las personas. Además, conforme a su Cuarta Disposición Final y Transitoria, “el contenido de los derechos que reconoce la Constitución debe interpretarse de conformidad con la DUDH y con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado peruano”. En tal sentido, el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica, que se desprende de los artículos 1, 2 numeral 2, 3 y 7 de la Constitución, debe ser interpretado de conformidad con la CDPD. El derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales de nuestra Constitución. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que también se derivan los derechos reconocidos en la CDPD, exige que la capacidad jurídica se interprete en un sentido que ésta se deba garantizar a todos, sean o no personas con discapacidad. Esto en especial para las PCD sicosocial e intelectual presupone un conjunto de elementos, que deben comprenderse en el acceso que deben tener a un sistema de apoyos y salvaguardas, lo cual

corresponden con una interpretación basada en el principio de dignidad humana, el que ha sido desarrollado también, de modo detallado, en la Observación General Nº 1 del Comité de la CDPD donde se han recogido estos elementos. En este sentido, la CDPD, que es parte del bloque de constitucionalidad, contrasta con la legislación civil que adopta el modelo de sustitución en la toma de decisiones y que perpetúa prejuicios hacia las personas con discapacidad mental e intelectual en lugar de afirmar que “discapacidad no es incapacidad”. Con relación al modelo de apoyo adoptado por la CDPD, implica que una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones pero sin renunciar al derecho a tomar sus propias decisiones (capacidad de ejercicio). La capacidad jurídica, en ese sentido, no es removida de la persona con discapacidad, sino sólo asistida, en proporción a las necesidades de cada persona. Como destaca Amita Dhanda, este modelo no está basado en el paradigma de independencia sino en el de la interdependencia. El paradigma de interdependencia establece que la capacidad y el apoyo pueden coexistir. Una persona con discapacidad no tiene que se declarase incapaz a fin de obtener apoyo. Consecuentemente, la CDPD reconoce que una persona con discapacidad puede necesitar apoyo para ejercer su capacidad, sin embargo, la obtención del apoyo no es ninguna razón para concluir que dicha capacidad no existe. Este paradigma de interdependencia, que permite a la autonomía y el apoyo coexistir, es un gran aporte de la CDPD. En ese sentido, tomando un ejemplo de Francisco Bariffi, si una persona con síndrome Down (discapacidad intelectual) razona de un

modo diferente a la mayoría, obtiene los apoyos necesarios para nivelar esa desventaja (esa sería la verdadera 'discapacidad'), entonces se podría encontrar en una situación de equiparación de oportunidades en relación con los demás, y por ende, tomar una decisión trascendental para su vida personal. Cabe destacar, que el mandato dispuesto en el artículo 12 de la CDPD es compatible con lo establecido por la Nueva Ley General de las Personas con Discapacidad, que reconoce en el ordenamiento peruano la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida, con especial incidencia en el manejo de los asuntos económicos, el derecho a contraer matrimonio y, a decidir sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad. En el mismo sentido, la Ley 29973 reconoce también por primera vez en una norma interna el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 11), así como el derecho a la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad (artículo 12). Precisamente estos son los principales ámbitos en los que las personas con discapacidad mental e intelectual han encontrado barreras para desarrollarse.

9.4. La Necesidad de aplicar el Control Difuso de Convencionalidad al presente caso. En relación a la figura jurídica del Control de Convencionalidad, en la actualidad constituye un mecanismo de protección a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales al interior de un país, como una forma de dar contenido a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas por un estado al suscribir y ratificar un tratado de Derechos Humanos;

En ese sentido, es una herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex oficio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte. Sobre sus alcances, aplicación y desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se ha desarrollado en el fundamento siete de la presente sentencia, a cuyo contenido nos remitimos. Conforme lo ha señalado la Corte IDH, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en: (i) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir la Convención Internacional); (ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas internas de los Estados; y, (iii) el principio de derecho internacional que impide alegar el derecho interno para eximirse de los deberes impuestos por los tratados, a tenor de lo establecido en el Artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados . La Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a los derechos de las personas con discapacidad ha señalado que toda persona con alguna discapacidad y que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, la cual obliga a los Estados a tomar medidas positivas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole, necesarias para eliminar cualquier forma de discriminación y propiciar su plena integración a la sociedad. Es necesario dejar establecido que la aplicación del control difuso de convencionalidad no

está referido únicamente a la aplicación de la Convención Americana, por lo contrario, se refiere a la aplicación de toda convención de Derechos Humanos que haya sido suscrita y ratificada por el estado peruano; lo cual tiene sustento en lo resuelto por la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional. Ahora bien, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentra suscrita y ratificada por el Perú y constituye un tratado Internacional de Derechos Humanos jurídicamente vinculante que aborda de manera específica los derechos Humanos de las personas con discapacidad, por tanto, el Perú está obligado a cumplir con las normas y declaraciones que allí se registran. Esto queda claramente establecido en el artículo 4 de la Convención, de cuyo contenido se aprecia que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; En ese contexto, conforme se ha desarrollado a lo largo de los fundamentos precedentes, lo establecido

por los artículos 43 Numeral 2 y 44 numeral 2 y 3 del Código Civil vigente son atentatorios al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sicosocial e intelectual, por tanto incompatibles con lo dispuesto por el artículo 12 de la CDPD que reconoce la capacidad Jurídica de las personas con discapacidad, al dejar atrás el sistema de sustitución asumido por nuestro Código Civil, por un sistema de apoyos en la toma de decisiones, cuya aplicación debe prevalecer frente a las normas internas vigentes en nuestro país. Como ya se ha dicho, este cambio de paradigma implica modificar la manera de concebir a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tanto por parte de las Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro. "El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el Ámbito de los Derechos Económicos - Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo". En BODGANDY, Armin von y otros (coordinadores), Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina, México: UNAM, 2011, pp. 383 384. Consulta realizada el 15 de junio de 2012: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l = 3063. 75 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ximenes Lopes v. Brasil. 4 de julio de 2006. Véase el fundamento 7.5 de la presente sentencia. 30 autoridades, así como por la sociedad en general, lo cual se traduce en un nuevo enfoque en las relaciones jurídicas, políticas y sociales. Asimismo, corroborando la incompatibilidad referida, es de advertir, que la regulación peruana de la incapacidad absoluta y relativa de ejercicio en relación a las personas con discapacidad que genera su

interdicción ya ha sido objeto de revisión por el Comité de la CDPD conforme se ha referido en el fundamento 6.5 de la presente sentencia; es así, que efectuado el examen de los informes presentados por el Perú el año 2012 sobre el cumplimiento de la CDPD conforme a su artículo 35, el Comité ha hecho llegar al Estado peruano su preocupación de que nuestra legislación no es compatible con el artículo 12 de la CDPD, en tanto “establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial”.Asimismo, el Comité ha manifestado su preocupación por la falta de información acerca del número de personas que han estado sujetas a tutela y curatela, así como la falta de recursos y garantías jurídicas en vigor, como la realización de exámenes independientes y el derecho a recurrir, para revocar la imposición de esas medidas.En consecuencia, el Comité ha recomendado al Estado peruano derogar la práctica de la interdicción judicial y revisar las leyes que permiten la tutela y la curatela. Asimismo, ha recomendado adoptar medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias. Así también, la Corte Interamericana ha sostenido que en la aplicación del control de convencionalidad, los jueces nacionales deben tener en cuenta no solamente el referido tratado, sino también la interpretación que de él ha efectuado la corte, en sus respectivas resoluciones u opiniones consultivas. Además, algunos

autores consideran que la misma función debería desplegarse, por idénticas razones, en la aplicación de otros tratados sobre derechos humanos de los que es parte el Estado, tales como el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc.; pues lo que se busca es que exista conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, los cuales generan para este determinados deberes, así como reconocen a los individuos ciertos derechos. En el caso de la CDPD. Al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, existe un Comité de expertos, quien evalúa los informes presentados por los estados partes y emite observaciones sobre la interpretación de los alcances de la Convención. En ese sentido, es de advertir, que el artículo 12 de la CDPD ha sido objeto de la emisión de una observación general por parte del Comité de la CDPD, contenida en la Observación N° 01, en la cual interpreta y desarrolla los alcances de la capacidad jurídica de las PCD reconocida en el artículo 12 de la CDPD. Expresando: Existe un mal entendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. No se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. A su vez, que ratifica la necesidad de derogar las normas que sean incompatibles con el sistema de apoyo en

la toma de decisiones de las PCD sicosocial e intelectual. En tal virtud, aplicando dicha interpretación, se evidencia que el sistema de sustitución que restringe la capacidad de ejercicio absoluta y relativa de las PCD, conforme los artículos 43 Numeral 2 y 44 numeral 2 y 3 del CC. Son incompatibles con el artículo 12 de la CDPD. En ese sentido, el cumplimiento de la obligación del Estado peruano de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, incluyendo la derogación de normas, exige además de la organización de un aparato estatal conforme a las normas de derechos humanos, una conducta gubernamental que asegure el eficaz funcionamiento de dicha estructura. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado. Consecuentemente la no derogación por el estado de los artículos del Código Civil tantas veces referidos contrarios a la CDPD o la aplicación de dichas normas por los operadores Jurídicos, constituiría una Violación a los Derechos Humanos Reconocidos en la CDPD. El hecho de que los artículos 43 y 44 del Código Civil en su condición de norma interna hayan sido adoptados de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución, no justifican su aplicación si mediante ellos se violan cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Constitución y

la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo cual es concordante con el criterio asumido por la Corte Interamericana. Asimismo, conforme con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el derecho internacional debe prevalecer sobre el derecho interno, que establece que un Estado Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. Por ello, la necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado respecto del cual un Estado consintió implica que éste debe aplicar e implementar el derecho internacional que corresponda en su derecho interno mediante la creación de normas o toma de medidas que se ajusten al compromiso asumido y la derogación de aquellas incompatibles con ese compromiso, en el caso del cumplimiento del artículo 12 de la CDPD. El Estado peruano, no obstante de la vigencia de la CDPD desde fecha 03/5/2008 (más de 7 años) y de las recomendaciones del Comité de la CDPD el año 2012 (hace 3 años), ha incumplido con su deber general de armonizar nuestra legislación conforme a la Convención y derogar lo regulado por el Código Civil en relación a la vulneración del derecho al igual reconocimiento de la Capacidad Jurídica de las PCD, generando la vulneración sistemática de sus derechos humanos incluso de los que derivan del ejercicio de su capacidad jurídica como ya han sido referidos. De otro lado, es de destacar que en aplicación de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, se ordenó al Congreso de la República la creación de una Comisión Especial encargada de revisar el Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las

personas con discapacidad y formular, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, Comisión que aprobó la modificación de más de 80 83Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98. Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 27. Ratificada por Decreto Supremo 029-2000- RE, publicado el 14 de setiembre de 2000. 32 artículos del Código Civil. De cuyo texto propuesto se aprecia que se plantea la derogación de los Numerales 2 Art. 43 y numerales 2 y 3 Art. 44 CC. En su lugar, se señala que la discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio y las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección. Reforma que es compatible con la CDPD. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido dicho proyecto no ha sido aprobado por el Congreso, constituyendo en un incumplimiento del estado a través del Poder Legislativo de sus obligaciones asumidas para asegurar y garantizar el respeto de los DD.HH. de las PCD, en especial de las PCD sicosocial e intelectual. Finalmente, conviene señalar que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno así como la observancia de las decisiones de los órganos de protección internacional no es, en definitiva, un asunto de buena voluntad de los jueces ni está librado a su discrecionalidad; es más bien una obligación que les corresponde por ser parte del Estado que asumió dicho

compromiso internacional. Concordante con ello, la Corte Interamericana a señalado que, independientemente de las reformas legales que deban adoptar los estados para compatibilizar determinadas disposiciones y prácticas con la Convención Internacional de la cual es parte y los estándares internacionales que correspondan, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben actuar inmediatamente y de oficio en el sentido de adecuar sus decisiones a dichas disposiciones y estándares, frente al conocimiento de los casos que se les sometan. Por tanto, es necesario aplicar el control difuso de convencionalidad al presente caso, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, debiendo inaplicarse lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 43 y los numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, por ser incompatibles con el artículo 12 y demás normas de la CDPD, generando sus efectos propios en nuestra legislación interna y sobre todo garantizando el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de los demandados en su condición de Personas con Discapacidad Sicosocial.

9.5. Por todo lo expuesto, aplicando el control difuso de convencionalidad y conforme a lo establecido por el artículo 12 de la CDPD se debe reconocer que Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian en su condición de personas con discapacidad sicosocial tienen plena capacidad jurídica incluyendo la capacidad de goce y ejercicio, debiendo fijarse un sistema de apoyo para la toma de decisiones y salvaguardas a su favor. Además, debe dejarse establecido que en un Estado democrático y social de derecho, es deber del Estado a través del Poder

Ejecutivo, Legislativo y Judicial, garantizar en forma efectiva el respeto al derecho de la capacidad jurídica efectiva de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad sicosocial e intelectual, la cual consiste no solo en la existencia de normas declarativas que lo reconozcan, sino que se requiere implementar medidas que garanticen en forma real y material su derecho al ejercicio de su capacidad jurídica, para cual se les debe dotar de apoyo y asistencia conforme a las necesidades de cada caso, para que puedan adoptar sus propias decisiones. A su vez, éste deber de reconocer la capacidad jurídica de los demandados no se restringe a las diferentes entidades estatales, sino también a las entidades privadas y personas particulares quienes deben reconocer el derecho de la capacidad jurídica de los demandados como ya se ha señalado, en los diversos trámites a su favor. Asimismo, las referidas entidades deben implementar progresivamente apoyos y adaptaciones a favor de las personas con discapacidad sicosocial e intelectual como la utilización de un lenguaje sencillo o, ajustes razonables, entre otros, para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Ahora bien, el establecer en el presente caso que los demandados cuentan con plena capacidad jurídica y no declarar su interdicción, no implica que no tengan derecho a contar con un sistema de apoyo para el ejercicio de la misma. Por el contrario, como parte de las obligaciones asumidas por el Estado, se tiene que asegurar su acceso a un sistema de apoyo y salvaguardas considerando su tipo de discapacidad y necesidades concretas a fin de que de necesitarlo puedan ser apoyados para la toma de sus decisiones; debiendo

aplicarse los principios establecidos en el Título Preliminar del Código Civil en virtud de los cuales el juez debe aplicar el derecho correspondiente (artículo VII) y no puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (artículo VIII). Asimismo, no es finalidad de esta sentencia judicializar la capacidad jurídica de las PCD, ya que esta es inherente a la persona y no necesita ser declarada, ni establecer que para el establecimiento de un sistema de apoyo y salvaguardas se tenga que recurrir necesariamente al Poder Judicial, puesto que ésta constituye una medida excepcional en tanto el Estado no ha previsto o regulado los sistemas de apoyo y salvaguardas conforme a la Convención; dejando establecido que es deber del Estado por medio de los Poderes Ejecutivo y Legislativo tener que establecer uno o varios sistemas de apoyos que sean de fácil acceso y en forma gratuita a favor de las PCD. Finalmente, conforme ya fue indicado en la delimitación de la controversia, éste juzgado advierte que la verdadera “causa petendi” o razón de la demanda, es de que los demandados Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian en su condición de personas con discapacidad sicosocial, se les permita tramitar y se les otorgue una pensión de orfandad por incapacidad; así como el acceso a la prestación de salud por Essalud como derechohabientes; derechos que también son derivados de su reconocimiento de su capacidad jurídica y el cumplimiento de requisitos específicos; sin embargo, debido a la existencia de prácticas y barreras administrativas que limitan su capacidad jurídica, se les ha vulnerado sus derechos. Como ha puesto de manifiesto el TC, existe un deber de oficialidad por parte de los

órganos públicos en la medida en que existe la inexorable necesidad de satisfacer el interés público de proteger y defender los derechos fundamentales de la persona. Así, dada la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, “no resulta razonable que en todos los casos, las formas estén por encima del derecho sustancial, desconociendo el valor de lo real en un proceso”. De lo que se trata es de evitar que el ejercicio de una real y efectiva tutela judicial en el marco de un proceso justo sea dejado de lado por meros formalismos. La tutela judicial efectiva no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho de que los tribunales resuelvan sobre las pretensiones ante ellos formuladas. En ese contexto, no puede dejarse de tener en cuenta que el presente proceso es uno de Familia el cual versa sobre la capacidad jurídica de personas con discapacidad, que imponen al juez resolver conforme a sus facultades tuitivas, pudiendo así flexibilizar algunos principios y normas procesales como el de congruencia, ofreciendo así protección a la parte perjudicada, lo cual es de imperativo cumplimiento para los Jueces de Familia conforme se ha señalado en el precedente vinculante establecido en el tercer pleno casatorio Civil de la Corte Suprema de la República. Por ello, evidenciándose que como parte del incumplimiento del estado de reconocer el derecho a la capacidad jurídica de los demandados, se ha vulnerado otros derechos como el de acceso a la pensión y la seguridad social, y que todo Juez se encuentra obligado a 86 Ibíd. Párrafo 14. 87 Ibíd. 88 Ibíd. 89 Ibíd. Párrafo 15 34 pronunciarse sobre la violación de

derechos fundamentales, es pertinente tener que ocuparnos sobre la transgresión de los referidos derechos.

9.6. Del Derecho de Acceso a la Pensión de Las Personas con Discapacidad. El derecho fundamental a la pensión se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Constitución, cuyo contenido ha sido desarrollado ampliamente por la Jurisprudencia del tribunal Constitucional, es así, que en la STC 1417-2005-PA/TC establecida como precedente vinculante, (publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005), en su fundamento 37 se tiene que son susceptibles de protección el acceso a las prestaciones pensionarías de viudez, orfandad y ascendientes, en los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales. para la obtención de una pensión de sobrevivencia conforme al criterio de dependencia económica, se ha señalado que el sustento de este tipo de pensiones "Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución)". Esta afirmación supone la existencia de una relación de dependencia material entre el titular de la pensión y los posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivencia. Cabe agregar que si bien la premisa es que dicho estado de necesidad sea efectivo o real, legislativamente se ha previsto, por un lado, la presunción de dicho estado (p.e. pensión de viudez para la cónyuge

mujer o pensión de orfandad para los hijos menores) o la demostración manifiesta del mismo (p.e. pensión de orfandad para el hijo mayor de 18 años que siga estudios de nivel básico o superior, y pensión de viudez del cónyuge varón). Debe añadirse que la situación de necesidad debe ser actual en relación con la circunstancia del fallecimiento, dado que sólo en dicho supuesto operará la medida protectora propia de la seguridad social, vale decir, configurará una protección efectiva a los beneficiarios". El sistema de seguridad social en nuestro país cuenta con distintos subsistemas. En materia de pensiones, se cuenta con regímenes contributivos de reparto (Sistema Nacional de Pensiones – SNP, Cédula Viva y otros regímenes especiales) y un régimen de capitalización individual (Aseguradoras de Fondos de Pensiones – AFP), además de dos nuevos regímenes no contributivos (Pensión 65 y pensión por discapacidad severa). El Sistema Nacional de Pensiones (SNP), creado por el Decreto Ley 19990, es el sistema más extendido en el ámbito público, y beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los ex obreros (Ley 8433) y a los funcionarios y servidores públicos bajo el régimen de la actividad pública no incorporados al Régimen del Decreto Ley 20530 (Cédula Viva). En relación al acceso a la pensión de sobrevivencia por orfandad aplicable a las personas con discapacidad, se aprecia lo siguiente: A). En caso del Decreto Ley N° 19990 establece que tienen derecho a la pensión por orfandad los hijos menores de edad del asegurado o pensionista fallecido, subsistiendo el derecho “para los hijos inválidos mayores de 18 años incapacitados para el trabajo” (art. 56 literal b). Pueden acceder a

dicha pensión los hijos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo, cuya condición debe ser acreditada por una comisión médica. Ver STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-41/TC y 0009-2005-AI/TC (acumulados), en: www.tc.gob.pe. Tribunal Constitucional sentencia del Exp. 0853-2005-PA/TC, en: www.tc.gob.pe. En el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el régimen es de naturaleza contributiva. B). El Decreto Legislativo N° 20530 modificado por la ley N° 28449, respecto a la pensión por orfandad en su artículo 34, establece que: Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que ha fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos: b Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella. En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud. C). A efectos de su tramitación, el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA de la ONP, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 120-2015-EF, entidad que tramita las pensiones del SNP y algunas del Régimen del Decreto Ley 20530, establece como uno

de los requisitos para la tramitación de la pensión de orfandad: “Constancia de inscripción en SUNARP de la tutela o curatela. Cuando el beneficiario no pueda expresar legalmente su voluntad.”93 Este requisito, que debiera aplicarse solo cuando se cuenta con una interdicción Civil preexistente, se ha convertido en la práctica en una exigencia indebida a las personas con discapacidad intelectual y sicosocial que solicitan dicha pensión quienes pese a contar con todos los requisitos legales, se les exige indebidamente para tramitar su pensión, que además, tengan que adjuntar una resolución Judicial de interdicción, declaración de incapacidad y nombramiento de un curador, todo a partir de una interpretación incorrecta de los artículos 43 y 44 del Código Civil94 en el entendido que por su tipo de discapacidad (intelectual y sicosocial), no pueden manifestar su voluntad o si pueden efectuarla no es legal, circunstancias que evidentemente vulneran sus derechos de acceso a la pensión y reconocimiento de su capacidad jurídica. Cabe señalar, que éste requisito no es exigido cuando se trata de discapacidades físicas o sensoriales que genera una incapacidad para el trabajo en las cuales también se solicita la pensión por orfandad. En ese contexto, el Estado no puede permanecer ajeno a los problemas sociales que tienen las personas con discapacidad sicosocial e intelectual, junto a sus familias, quienes a fin de no vulnerarse su derecho de acceder a una pensión que les corresponde, se ven obligados a tener que iniciar procesos de interdicción al exigírseles como requisito por parte del propio Estado, como es la Oficina Nacional Previsional (ONP), que tengan que adjuntar la resolución judicial de

interdicción o incapacidad y el nombramiento de curador, situación que claramente contraviene lo dispuesto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, respecto al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica al igual que las demás, conforme ya ha sido ampliamente desarrollado en los fundamentos precedentes. En el presente caso, analizado el contenido de la demanda, lo expresado por las partes y los documentos actuados, se aprecia que el proceso de interdicción fue iniciado por la actora, en razón, que al haber fallecido su esposo y padre de los demandados Justo Pastor Velásquez León quien era pensionista del D.L. N° 20530 del Poder Judicial inició el trámite de pensión por viudez para ella y de orfandad por incapacidad de sus hijos Wilbert y Rubén (P. 30-31 del Cuaderno), sin embargo, la petición respecto a sus hijos fue denegada, en razón, de que al tener Esquizofrenia Paranoide, se les exigió 93 Texto Único de Procedimientos Administrativos, TUPA de la ONP, aprobado por DS 120-2015-EF, pág. 10. VASQUEZ, op. cit. p.39-40. 36 que presentaran la sentencia de interdicción y nombramiento de un curador para poder continuar con el trámite. Ahora bien, no puede dejarse de tener en cuenta, que los hermanos Wilbert y Rubén, Velásquez Ciprian, cumplirían con los requisitos legales para acceder a una pensión por orfandad, es así, que la calidad de pensionista del causante se encuentra acreditada (P. 30-36 del cuaderno); el vínculo con Rubén y Wilbert Velásquez Ciprian se encuentra acreditada con sus partidas de nacimiento (P. 06 y 07); cuentan con evaluación favorable de incapacidad para el trabajo, conforme se desprende de las Resoluciones

de Gerencia Red Asistencial Cusco N° 391 y 392-GRACU-ESSALUD-2010 de fecha 17- 08-2010 (P. 14 y 15), conforme a las conclusiones emitidas en el dictamen médico del Comité evaluador conforme a ley. Asimismo, su discapacidad sicosocial de esquizofrenia Paranoide tiene una larga data desde que eran menores de edad, con tratamientos farmacológicos e incluso internamientos en el Centro Juan Pablo II. Conforme se infiere de la valoración conjunta de los informes siquiátricos, (P. 12 y 13), la ratificación pericial por el siquiatra (P. 154-156), sus certificados de discapacidad (P. 245-246), y los informes multidisciplinarios practicados a Rubén y Wilbert Velásquez Ciprian (P. 164-169). Es necesario señalar, que en relación al cumplimiento del requisito de la incapacidad para el trabajo para el acceso a la pensión por orfandad de las personas con discapacidad mental, el Tribunal Constitucional en la STC. 1499-2010-PA/TC, de fecha 13 de julio de 2011, en un caso de acceso a pensión de orfandad del Decreto Ley 20530, señaló: que la enfermedad denominada esquizofrenia paranoide ocasiona una imposibilidad material para procurarse medios económicos para la propia subsistencia y se trata de una enfermedad mental gravemente incapacitante, que requiere un tratamiento permanente. En dicho pronunciamiento se menciona que en la STC 6481- 2005-PA/TC (fundamentos 10 y 11), se señala que la deficiencia mental de una persona permite modular las exigencias que la normatividad prevé. Por ello, este Tribunal señala que una respuesta constitucional al problema planteado estará relacionada con lo que el derecho a la pensión significa, tal como está expresado en el artículo 11 de la Constitución y

en los conceptos desarrollados por este Tribunal en las sentencias 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, acumulados y la STC 1417-2005-PA/TC; se refiere además, que en aplicación del principio pro homine impone que en lugar de asumir una interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, al no acreditarse plenamente que se cuenta con la incapacidad antes de la mayoría de edad, se opte por aquella que posibilite a la recurrente el ejercicio de dicho derecho a la pensión; siendo que en ese caso se otorgó la pensión por orfandad, debido a que antes del fallecimiento de su causante la recurrente adolecía de incapacidad absoluta, aunque los certificados médicos expedidos por Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad sean de fecha posterior. Acota a lo ya señalado, que la reiterada y uniforme jurisprudencia en materia pensionaria (por todas la STC 00853-2005-PA/TC) ha dejado establecido que: "[…] el fundamento de la pensión de sobreviviente se sustenta en el estado de necesidad en que quedan aquellas personas que dependían económicamente del fallecido, porque no contarán más con los medios económicos para atender su subsistencia. De igual forma en la STC. 1754-2013-PA el Tribunal constitucional en un caso de una persona con discapacidad Sicosocial (esquizofrenia) fue ella misma quien solicitó se respete su acceso a la pensión y además de lo ya expuesto en la sentencia del fundamento precedente, agregó que es válido y razonable presumir que el padre de la 95 Véase los documentos emitidos por la Oficina de personal (P. 30-36 del cuaderno), Que se solicitó pensión por orfandad en fechas 04 y 16 de abril del año 2012,

siendo respondida por oficio en fecha 08 de mayo del 2012, de cuyo contenido se les requiere la declaración de interdicción y el nombramiento de curador correspondiente para continuar con su trámite. Demandante en vida procuró el sustento y la asistencia médica de su hija con fondos provenientes de su pensión, lo que al deceso del causante convierte dicha necesidad en actual y real, encontrándose en el supuesto previsto de la pensión por orfandad por incapacidad para el trabajo. De otro lado, es de observar, que en el caso de menores de edad e incapaces estos no prescriben, conforme al artículo 56 del Decreto Ley 20530; y el derecho a las pensiones de sobrevivientes (prestación previsional derivada) es uno de carácter latente, existente desde que el titular del derecho a la pensión principal cumple con los requisitos para acceder a ella. Por ello su nacimiento no está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos para su goce, sino que está supeditado al fallecimiento del asegurado o pensionista, como formalidad o condición necesaria para el disfrute de la pensión de viudez u orfandad, no así, para el establecimiento o declaración del derecho. Debe precisarse, a su vez, que la legislación aplicable no será la vigente al cumplimento de dicha condición, ello en virtud de que las pensiones de sobrevivencia están ligadas a la pensión adquirida por su titular, por lo que tendrán que aplicarse las normas vigentes al momento en que el titular accedió al derecho a la pensión.96 Considerando que en el caso concreto se afectaría el derecho de acceso a la pensión de sobrevivencia por exigirse un requisito que afecta los Derechos de las personas con discapacidad y teniendo en cuenta que de conformidad

con lo establecido en la Resolución Jefatural N° 125-2008-ONP, el Poder Judicial solo está autorizado a otorgar pensiones provisionales, y que la facultad de reconocer, declarar y calificar las solicitudes derivadas de los derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530, fueron delegadas a la Oficina de Normalización Previsional – ONP, mediante D.S. N° 149-2007-EF, es que el juzgado mediante resolución N° 21 requirió información a la ONP y el Poder Judicial a efectos de que informen si para el otorgamiento de la Pensión de orfandad por incapacidad en el D.L. N° 20530, se exige como requisito adjuntar la Resolución Judicial de interdicción o incapacidad, y la designación del curador, del beneficiario de dicha pensión, al respecto la ONP mediante Oficio (P. 273) contestó señalando: según el TUPA de la ONP aprobado mediante D.S. N° 251-2012-EF, para solicitar el otorgamiento de pensión de sobrevivientes – causante pensionista y no pensionista (viudez, orfandad y ascendientes), por el Decreto Legislativo N° 20530, se requiere para caso de hijos mayores de edad incapacitados la copia de la Resolución Judicial que nombra al curador, si este inicia el trámite y la constancia de inscripción en SUNARP. Por su parte respecto a la pensión provisional por orfandad mediante oficio N° 398-2014-PERS-CSJC-PJ (p. 283), se indicó, en caso de ser hijo incapacitado, se requiere: partida de nacimiento del hijo incapacitado, documento de identidad del beneficiario, en caso de ser mayor de edad, resolución judicial que declare la incapacidad: copia certificada expedida por el juzgado respectivo, resolución judicial que declara consentida la resolución de incapacidad: copia certificada expedida por el juzgado respectivo. En

ese sentido, valorados los medios probatorios y fundamentos precedentes, se llega a la conclusión, que la demandante se vio obligada a solicitar la interdicción de sus hijos, a fin de que sus hijos conforme a su derecho puedan contar con recursos económicos y de atención en salud la cual era proporcionada con la pensión de su cónyuge, ya que dependían de él y que a su fallecimiento han quedado en manifiesto estado de necesidad económica en razón, que su progenitor era su único sustento; lo cual, es corroborada, no solo con lo expresado por la demandante y los demandados, STC N.º 0005-2002-AI/TC (acumulados) fundamento 16. 38 sino principalmente del hecho ineludible que viviendo los demandados con su discapacidad sicosocial por más de 20 años, tiempo en el cual vivieron junto a sus padres quienes los apoyaban en sus decisiones de la vida diaria, nunca requirieron la interdicción, sino a la muerte de su padre, en la que principalmente dejaron de contar con asistencia en salud, pues al fallecer su derecho habiente, no pudieron acceder a su pensión por orfandad y seguir siendo atendidos lo que afecta aún más su condición de discapacidad, si se tiene en cuenta que reciben tratamiento farmacológico permanente. Consecuentemente, A la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, establecer como requisito para el acceso a la pensión la interdicción de la persona beneficiaria constituye una vulneración al derecho a la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica y al derecho de acceso a la pensión, además de ser sumamente perverso pues obliga a la “muerte civil” de la persona en pos de un beneficio de seguridad social

que debería estar disponible para todos los ciudadanos. Como se ha explicado anteriormente, este condicionamiento ha llevado a muchas familias a solicitar una interdicción que no desean ni requieren, además de recargar el trabajo de la administración de justicia innecesariamente. Por ello, es necesario establecer en esta sentencia que para que las personas con discapacidad sicosocial o intelectual tengan que acceder a la seguridad social, específicamente a una pensión, no es indispensable se tenga que declarar su interdicción, como sucede así en diversos países como Argentina, además, de ser obligación del estado eliminar prácticas administrativas que afecten o no reconozcan los derechos de las personas con discapacidad conforme el artículo 4 de la CDPD; y en el caso concreto, establecer como salvaguarda a fin de garantizar el derecho de acceso a la pensión de sobrevivencia por orfandad de los demandados, se tenga que tramitar su pensión sin que se les exija adjuntar su declaración de Interdicción Civil y Nombramiento de Curador.

9.7. Del derecho de Acceso a la Seguridad Social en Salud de los Demandados.- El sistema de seguridad social peruano en salud cuenta con regímenes contributivos (Seguro Social de Salud – EsSalud, Seguro Agrario y otros regímenes especiales) y un régimen estatal no contributivos (Seguro Integral de Salud – SIS). Cada uno de estos regímenes cuenta con sus propios procedimientos y requisitos, en principio neutros, pero que en su aplicación representan distintas barreras para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que son asegurados o beneficiarios de estos sistemas. En el caso particular del EsSalud, el principal régimen de aseguramiento es

el Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud (también conocido como Seguro Regular), al cual se encuentran afiliados obligatoriamente todos los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o como socios de cooperativas de trabajadores. También son afiliados a este seguro los pensionistas que reciben pensión de jubilación, por incapacidad y de sobrevivencia. Además, el Seguro Regular brinda atención médica a los “derechohabientes” de los asegurados, esto es: i) la/el cónyuge o concubina/o; ii) los hijos menores de edad; iii) los hijos mayores de edad incapacitados en forma total y permanente para el trabajo; iv) y la madre gestante de hijo extramatrimonial. Lamentablemente, el registro del hijo/a mayor de edad incapacitado en forma total y permanente para el trabajo ha dado lugar a problemas relacionados con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, de acuerdo con el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de EsSalud, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2010-TR, dicho trámite requiere la presentación de los siguientes documentos: Formulario de Registro de Asegurados (original y copia), con firma y sello del representante legal de la entidad empleadora y/o del asegurado titular o del apoderado del hijo mayor de edad incapacitado, según corresponda. Resolución de Incapacidad otorgada por el Centro Asistencial de ESSALUD correspondiente (original) la misma que es requerida por el asegurado titular de acuerdo con los procedimientos establecidos ESSALUD. A diferencia de los otros casos establecidos en el TUPA, este procedimiento incorpora la posibilidad de que sea un apoderado quien firme la solicitud de

inscripción. Ello ha llevado a interpretar –equivocadamente- a algunos operadores que se requiere una sentencia de interdicción para poder realizar el trámite en cuestión. No obstante, ni la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, ni su reglamento establecen restricción alguna. Es importante notar, además, que la “Resolución de Incapacidad” a la que 40 comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad — por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distinta y no convencional, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. De esta manera, un sistema de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos.

El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona. Como ha destacado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un régimen de apoyo debiera comprender diversas opciones de apoyo, estar disponible a un costo simbólico o gratuitamente, y no debe regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. En la actualidad, al igual que la capacidad jurídica, el Perú no cuenta con una regulación específica ni con un sistema formal de apoyos para la toma de decisiones; sin embargo, no debe dejarse de tener en cuenta que al tratarse éste de un caso excepcional, es posible que el Juzgado en uso de sus atribuciones y a fin de armonizar nuestra legislación con los parámetros establecidos por la CDPD en su artículo 12, así como, con la Observación General N° 01 del Comité de la CDPD, estructure un sistema de apoyo a favor de los demandados, conforme a sus necesidades expresadas por ellos y las apreciadas por el juzgado a lo largo del proceso; debiendo para ello, hacer uso de los mecanismos legales de apoyo que cuentan los juzgados de Familia para los procesos a su cargo, como es el equipo multidisciplinario, el que está formado por un grupo de profesionales, médico siquiatra, sicólogo, asistenta social y educadora, lo que nos permitiría poner a disposición de los demandados un staff de profesionales en forma gratuita y que en forma imparcial pueda apoyar a los demandados de acuerdo a sus necesidades. Cabe precisar que la determinación judicial de los apoyos debiera constituirse como una práctica excepcional frente a la falta de un desarrollo legislativo que dote de contenido al mandato del artículo 12 de la CDPD y, por tanto, debe

ser revisada al menos cada seis meses. De conformidad con el artículo 12 de la CDPD, todas las formas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona. En ese sentido, el juez debe asegurar que el apoyo establecido responda a la voluntad y preferencias de los demandados. Ahora bien, ingresando al caso concreto, debe tenerse en cuenta, que los demandantes en sus declaraciones prestadas en audiencia han manifestado expresamente su voluntad de contar con apoyos en diversos aspectos de la vida y que éstos sean prestados por sus familiares cercanos, en especial de su progenitora y su hermana Milagros con la que han manifestado comunicarse de mejor manera, quien deberá formar parte del sistema de apoyo. También formarán parte del Sistema de Apoyo personal del equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia del Cusco, constituido por el médico, un sicólogo, una asistenta social y su coordinador quienes con un trabajo, valga la redundancia, multidisciplinario orienten y apoyen a los demandados en lo que ellos requieran al no estar privada su capacidad de ejercicio, así como a los familiares cercanos en el apoyo que les presten, lo que permitirá a su vez, que se informe en forma más directa al juzgado de sus acciones y resultados; sin perjuicio de que sean capacitados para cumplir esta función. En este orden de ideas, debe asegurarse Que se reconozca el derecho de los demandados a tramitar su acceso a la pensión por orfandad con los ajustes razonables que sean necesarios, incluyendo el uso de lenguaje sencillo y el apoyo que pueda prestarle su sistema de apoyo; así como, que se reconozca el apoyo que les presta

su familia cercana (madre y hermana) para la atención de su salud y administración de sus bienes. Por otro lado, es importante que la sentencia establezca un régimen de salvaguardias adecuado y efectivo para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de los demandados, proporcionándoles protección contra los abusos que pudieran generarse. En primer lugar, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. En segundo lugar, debe procurarse que no se produzcan conflictos de intereses ni influencias indebidas. En tercer lugar, las medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicándose en el plazo más corto posible. En cuarto lugar, dichas medidas de apoyo deben estar sujetas a exámenes periódicos por parte del juzgado. Estas salvaguardas serán particularmente importantes en aquellos casos excepcionales donde las personas requieran de apoyos más intensos para la toma de decisiones. Cabe indicar que durante la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Admisión y Actuación de Pruebas, iniciada el 21 de marzo de 2013, se expuso la preocupación de la demandante, Marta Rosalvina Ciprian de Velásquez, y la hermana de los demandados, Corina Velásquez Ciprian, en relación al apoyo que estos pudieran necesitar para la administración de sus bienes, la atención de su salud mental y el desarrollo de una vida independiente. A ese respecto, es preocupación constante de la madre de los demandados y sus hermanas y de los propios demandados respecto a la

administración de sus bienes, específicamente la enajenación de los bienes que en derecho y acciones han adquirido de su progenitor en calidad de herencia, por ello, considerando la opinión de ambos hermanos, sus condiciones particulares, se debe establecer que no se encuentran impedidos de heredar bienes a su favor o manejar sus asuntos económicos, pero, en el caso particular de que quieran enajenar o grabar sus bienes, adquirir deudas o similares, su decisión debe ser adoptada con la participación del sistema de apoyo establecido, bajo sanción de nulidad; el apoyo consistirá en la asesoría, consejo, la entrega de la información que necesiten para decidir sobre su patrimonio Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, el Estado debe asumir su obligación de impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo 42 necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica; capacitación que consideramos debiera ser extensiva a las personas que prestan apoyo. Teniendo en cuenta lo dispuesto por la CDPD, la Observación General N° 01 del Comité de la CDPD y lo desarrollado en la presente sentencia, respecto al sistema de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, debe dejarse claramente establecido que la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad es el principio general y cualquiera sea el apoyo deben ser ampliamente graduados, temporales y proporcionales, teniendo siempre por objetivo la plena inclusión y desarrollo de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. Es así, que la intensidad del Sistema de

Apoyo debe ser proporcional y graduado en cada caso concreto; siendo que para el presente caso, se ha considerado que los hermanos Wilbert y Rubén, aún pueden manifestar su voluntad, expresar sus preocupaciones como lo han hecho ante éste juzgado; sin embargo, es necesario solicitar a los demandados, que deben ser prudentes y responsables al decidir hacer o no hacer cualquier cosa con su persona y sus bienes, ser consecuentes con su tratamiento y buscar no dañarse ni hacer daño a otras personas. Queda claro para el Juzgado, que al otorgar un Sistema de Apoyo, aún queda mucho por desarrollar por parte del estado e imitar experiencias de otros países e implantar buenas prácticas desde los órganos Jurisdiccionales, en la forma, modo e intensidad del apoyo, su seguimiento y como aplicarse para los diversos casos de discapacidad intelectual y sicosocial.

11. DEL ACCESO A LA SENTENCIA EN FORMATO DE LECTURA FÁCIL

11.1. Debemos partir de la premisa, de que no todas las personas tenemos la misma capacidad lectora y/o de comprensión, en especial de aquellas personas con alguna discapacidad cognitiva o sicosocial de acuerdo a las características de su discapacidad, así como, los que cuentan con otro tipo de discapacidad como los trastornos del lenguaje, sordera, dislexia, personas con un bajo nivel cultural, incluso casos en los que la lengua materna es distinta a la lengua oficial de la comunidad donde se encuentran, personas mayores, etc; por ello, cualquier documento público que sea de su interés como es el caso de una sentencia, además de la versión oficial, debe ser redactado en una

versión de lectura fácil106, en la que sus contenidos han sido resumidos y realizados con lenguaje sencillo y claro, los que deben ser elaborados de acuerdo a sus propias necesidades, a fin de garantizar la aplicación de medidas de accesibilidad adecuadas al tipo de discapacidad reconocidas en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

11.2. La emisión de una sentencia en formato de lectura fácil se sustenta en la obligación que tienen los estados de hacer accesible la información y documentación para las personas con discapacidad, la cual tiene su origen en las Normas de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad ratificadas ahora por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; así como principalmente en el derecho de acceso a la Justicia que tiene toda persona con discapacidad entendida como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten en igualdad de condiciones, la utilización del servicio de Ibíd. Párrafo 24. 104 cf. CDPD Alt 12.4 105 cf. CDPD Art. 3. c) Se llama lectura fácil aquellos contenidos que han sido resumidos y realizados con lenguaje sencillo y claro, de forma que puedan ser entendidos por personas con discapacidad cognitiva o discapacidad intelectual. No se debe confundir la utilización de lenguaje sencillo y claro, a la utilización de lenguaje infantil o demasiado coloquial. El rasgo esencial es que la información no sea confusa y que esté bien estructurada, debiendo: Utilizar frases cortas; Evitar frases en negativa; Evitar uso de muchos números; No utilizar metáforas o comparaciones que puedan ser confusas; y Utilizar un mensaje a

transmitir en cada frase. Aprobadas el 4 de marzo de 1994 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 43 justicia, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios para adecuar su grado de autonomía personal.

11.3. Al respecto, si bien es cierto que en nuestro país no existe antecedentes sobre la emisión de una sentencia en lectura fácil; sin embargo, es de apreciar experiencias de otros países especialmente en Europa donde ha tenido más desarrollo; así como la sentencia en formato de lectura fácil realizada por la primera sala de la Suprema Corte de justicia de México en la sentencia emitida en el Amparo en Revisión 159/2013, en la cual se señala: "… la lectura fácil es un formato dirigido mayormente a personas con una discapacidad que influye en su capacidad de leer o de comprender un texto. Debido a ello, tal formato se realiza bajo un lenguaje simple y directo, en el que se evitan los tecnicismos así como los conceptos abstractos, ello mediante el uso de ejemplos. Por tanto, en el mismo se deberá emplear un lenguaje cotidiano, personificando el texto lo más posible. El formato de lectura fácil empleado en la presente sentencia, se encuentra basado en su mayoría en las directrices de la Asociación Europea Formely International League of Societies for Persons with Mental Handicap (ILSMH)".

11.4. En consonancia con lo ya expuesto, el Juez no solo debe aplicar las normas procesales vigentes, sino, debe interpretarlas y adecuarlas conforme la normativa nacional e internacional aplicable al caso, como sería la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, aprobado y ratificado por el Perú (Vigente desde el 03-05-2008), de cuyo contenido se aprecia que el estado se encuentra en la obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas con discapacidad tales como, el derecho a que se le proporcionen los ajustes razonables y el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad que los demás (artículo 13), debiendo implementarse los ajustes necesarios, apoyos o salvaguardas para asegurar su participación directa y efectiva como demandantes o demandados garantizando que tengan pleno conocimiento de las actuaciones y resoluciones judiciales emitidas por el juzgado en cualquier proceso judicial (constitucional, civil, laboral, penal, etc.). Es así, que el Consejo ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución N° 266-2010-CEPJ, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 23 de octubre del año 2010, se adhirió a la declaración de las 100 Reglas de Brasilia elaboradas en el 2008 durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, en la que participó el Perú; la cual busca Remover los obstáculos para garantizar el acceso efectivo a la justicia sin discriminación de las personas en situación de vulnerabilidad, según edad, discapacidad, comunidades indígenas, género, trata de personas.

11.5. Por tanto, es deber de los jueces, establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia en todas las etapas del proceso, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su

seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación; es de particular importancia el de accesibilidad a la información por el cual, se debe tener Entre los esfuerzos más relevantes de la materia podemos destacar: la emisión de la Declaración de Cáceres sobre lectura en el siglo XXI, emitida en abril de 2006; las directrices de servicios para personas con discapacidad en bibliotecas, emitidas por la International Federation of Library Associations and Institutions; las directrices de la Confederación Española de Organizaciones en Favor de las Personas con Discapacidad Intelectual; las publicaciones de fácil lectura de la Easy to Read Foundation de Suecia; y las publicaciones de la Organización Inclusion Europe, en conjunto con la Asociación Europea de Asociaciones de Personas con Discapacidad Intelectual y de sus Familias. En torno al formato, para la elaboración de un texto de lectura fácil es recomendable emplear una tipografía clara, con un tamaño accesible de la misma, y también se suele sugerir que los párrafos sean cortos y sin justificar, a efecto de que el seguimiento de la lectura sea más sencillo. Sobre tal tema véase J.L. Ramos Sánchez, “Enseñar a leer a los alumnos con discapacidad intelectual: una reflexión sobre la práctica”, en Revista Iberoamericana de Educación, no. 34, Madrid, 2004, pp. 201-216. El artículo 21 de la CDPD establece que los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para facilitar el acceso a la información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional mediante cualquier forma de comunicación que elijan y resulten adecuadas. Esto incluye la escucha de la pretensión o reclamo, atención, información,

asesoramiento y/o adopción de diligencias. en cuenta la forma de transmitir la información; la utilización de lenguaje sencillo; información en formatos accesibles; brindar toda la información necesaria y trascendental sobre el proceso a la persona con discapacidad; la utilización de medios alternativos de comunicación (de ser necesarios) y asegurar que la comunicación sea efectiva, ya que la persona con discapacidad debe poder comprender todo lo que sucede a lo largo del proceso.

11.6. Por ello, en consonancia con el modelo social contenido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, para garantizar adecuadamente el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y sicosocial en los procesos judiciales en los que sean parte, cuyos resultados tendrán consecuencias directas en el desarrollo de sus vidas, el Poder Judicial a través del Juez del proceso, deberá tener en cuenta las siguientes medidas: A). Es necesario que en las actuaciones judiciales el juzgado genere un clima de fácil entendimiento y de comprensión de la diligencia, procurándose la utilización preferente de la oralidad y de un lenguaje sencillo y apropiado para los demandados, aplicándose el principio de flexibilidad en lo que sea necesario, en razón, de la complejidad y tecnicismo de las actuaciones judiciales y de difícil entendimiento para ellos en muchos casos. B). Se debe informar en todas las etapas del proceso sobre la naturaleza de su participación y el posible resultado de cada una de éstas. C). El acceso a una resolución o disposición del juzgado para una persona con discapacidad intelectual o sicosocial, no

se agota con permitir que tengan conocimiento de las mismas, sino que se debe buscar que comprenda plenamente el contenido de la misma y sus alcances, a través, del propio Juzgado. D). En el caso de ser requerido o ser necesario para el cumplimiento de los fines del proceso, el juzgado proporcionará apoyos personales o técnicos para adecuar su grado de autonomía personal, respetando la opinión de la persona con discapacidad. E). En el caso de las sentencias, además de su estructura tradicional, en forma complementaria el juzgado deberá redactar la misma bajo un formato de lectura fácil, con lenguaje simple y directo, a través de los cuales, puedan comprender lo resuelto en su caso, las implicancias del mismo, y como ésta lo afectará en el desarrollo de su vida. F). La Sentencia en formato de lectura fácil, deberá ser redactada tomando en consideración el tipo de discapacidad concreta para cada caso.

11.6. En el caso del presente proceso, tenemos que los demandados de quien se solicitó su interdicción Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian cuentan con discapacidad sicosocial, y de su certificado de discapacidad y de lo actuado en el proceso se aprecia que pueden comunicarse, saben leer y escribir y tienen una capacidad de comprensión media; por ello, se deberá emitir una sentencia en formato de lectura fácil donde en forma clara, directa y sencilla, se les explique el contenido del fallo, la que será efectuada en un anexo y forma parte de la presente sentencia. La misma que será leída y entregada en audiencia especial para garantizar que comprendan sus alcances y como los afecta a ellos directamente, con lo cual se garantizará que en igualdad de condiciones

puedan comprender lo resuelto en su caso, las implicancias del mismo, y como lo resuelto los afectará en el desarrollo de su vida. Todo ello, sin perjuicio de que En México, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia sobre amparo en revisión recaída en el Expediente 159/2013 (Caso Ricardo Adair), se incluye una contenido de la sentencia en lectura fácil, explicando en 10 puntos el significado y alcance de la misma para que el demandante pudiera comprenderla. Un mecanismo sencillo, claro, sin coste añadido y, lo fundamental, centrado en satisfacer una necesidad específica de una persona. Tal formato se realiza bajo un lenguaje simple y directo, en el que se evitan los tecnicismos así como los conceptos abstractos, ello mediante el uso de ejemplos, y empleando un lenguaje cotidiano, personificando el texto lo más posible. 45 en la misma fecha se les entregue la versión tradicional de la sentencia y notifique a todas las partes que asistan;

11.7.- Esta forma de adecuación con la notificación personal a los demandados con discapacidad en una audiencia especial de lectura de sentencia, complementaria a la tradicional por cédula, no afecta de manera alguna el debido proceso o el derecho de defensa de las partes procesales, pues brinda la adecuación de las normas procesales a las necesidades de las personas con discapacidad brindándoles ajustes y salvaguardas procesales para garantizar sus derechos.

EXHORTACIONES Y RECOMENDACIONES

12.- Es necesario que desde el Estado y, en particular, el Congreso se adopten acciones necesarias para revertir la situación actual en que se encuentran la personas con discapacidad en especial de las personas

con discapacidad sicosocial e intelectual respecto al reconocimiento y ejercicio de su capacidad jurídica al igual que las demás; al respecto, sobre el cumplimiento y aplicación por el estado de los derechos reconocidos a favor de las personas con discapacidad en la convención tantas veces referida, es de observar lo señalado por el Comité de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones unidas, que efectuado el examen de los informes presentados por el Estado Peruano sobre el cumplimiento de la convención en virtud de su artículo 35, en su séptimo periodo de sesiones en mayo del año 2012, hiso de conocimiento sus observaciones finales al estado peruano. 13.- En ese contexto, el Comité expresa su preocupación de que la legislación del Estado parte (artículo 7 de la Constitución y artículos 564 y 565 del Código Civil) no está en conformidad con el artículo 12 de la Convención, ya que establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial. Preocupa también al Comité la falta de información acerca del número de personas que han estado sujetas a tutela y curatela, así como la falta de recursos y garantías jurídicas en vigor, como la realización de exámenes independientes y el derecho a recurrir, para revocar la imposición de esas medidas. Recomienda la derogación de las referidas normas citadas y la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención. Le recomienda también

que adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias.

14.- De igual forma, insta al Perú a que modifique el Código Civil con el fin de garantizar adecuadamente a todas las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles.

15.- Asimismo, es necesario que el Estado promueva una estrategia de largo alcance para hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención y que agilice el examen de su marco legislativo a fin de ajustarlo plenamente con todas las disposiciones de la Convención, incluidos sus principios fundamentales; para ello, es necesario en primer orden reevaluar aquellas normas estatales en las que se exige a las personas con discapacidad para acceder algún derecho como el de la pensión, que presenten la sentencia de interdicción y el nombramiento de un curador, lo cual es claramente vulneradora a su derecho a la capacidad jurídica, máxime si a través de ese derecho es que se efectivizan el resto de sus derechos encontrándose que es el estado quien propicia indirectamente las declaraciones de interdicción.

16.- De otro lado, al pasar de un modelo de sustitución a un modelo de apoyo en la toma de decisiones, es importante que desde el Estado se asuma proactivamente establecer las directivas, guías y demás documentos necesarios para fijar los alcances y límites de cómo deben funcionar estos sistemas de apoyo, en especial cuando estos sean brindados por una institución u organización sin fines de lucro pero

especializada en los derechos de las personas con discapacidad o por instituciones públicas cuando sea necesario, así como establecer un registro para su inscripción; todo ello, a fin de garantizar desde el estado, que las personas con discapacidad intelectual o sicosocial accedan a sistemas de apoyo adecuados y proporcionales con su discapacidad. **III. FALLO**:

PRIMERO. En aplicación del control difuso de convencionalidad declarar inaplicable los artículos cuarenta y tres numeral dos y cuarenta y cuatro numerales dos y tres del código civil referidos a la incapacidad Civil absoluta y relativa, por ser incompatibles con el derecho a igual reconocimiento de la capacidad jurídica reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el derecho constitucional a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley y los principios pro debilis, pro homine y de legalidad, contenidos en los artículos 3, 8, 24 y 25 de la CADH y art. 2.1., 2.2, 3, 7, 138 y 139 inc. 8 de la Constitución Política, conforme a los fundamentos expuestos en la sentencia; en consecuencia, reconocer la plena capacidad de ejercicio de Wilbert Velásquez Ciprián y Rubén Velásquez Ciprián, en su condición de personas con discapacidad sicosocial.

SEGUNDO. Establecer, que las personas con discapacidad sicosocial e intelectual tienen derecho de acceso a la pensión sin restricción alguna por motivos de discapacidad, incluyendo la pensión de orfandad por incapacidad, con el pleno respeto de su capacidad jurídica conforme lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, por ello efectuando una interpretación

sistemática de las normas en materia de pensiones a la luz de la Constitución Política y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se debe determinar, que para la tramitación y otorgamiento de la pensión de orfandad por incapacidad del D.L. N° 20530 solicitado a favor de una persona con discapacidad ante la Oficina de Normalización Previsional u otra competente, es inaplicable toda norma legal que exija como requisito la presentación de resolución judicial de interdicción o incapacidad, y la designación del curador del beneficiario de dicha pensión. **TERCERO.** Disponer como medidas de apoyo y salvaguarda en aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las naciones unidas, a favor de Wilbert Velásquez Ciprian y Rubén Velásquez Ciprián, las siguientes: 1.- Que la Oficina de Normalización Previsional o el Poder Judicial, para la tramitación y otorgamiento de la pensión de orfandad por incapacidad del D.L. N° 20530 a favor de Wilbert y Rubén Velásquez Ciprián, sea provisional o definitiva respectivamente, no les exija como requisito presentar resolución judicial de interdicción o incapacidad, y la designación del curador del beneficiario de dicha pensión, debiendo tramitarla a la brevedad posible, informando a este despacho dentro del plazo de los quince días de notificado sobre el inicio o continuación del trámite. 2. Que el Estado en sus diferentes estamentos reconozca que Wilbert y Rubén Velásquez Ciprián, en su condición de personas con discapacidad sicosocial, tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, debiendo asegurar su acceso a los apoyos o ajustes razonables necesarios para

garantizar el ejercicio de su derecho, conforme a los compromisos adoptados por el Estado Peruano.3-Reconocer el derecho a la Seguridad Social que tiene Wilbert y Rubén Velásquez Ciprian en condición de derecho habientes de su progenitor Justo Pastor Velásquez León e incluso de su progenitora Marta Rosalvina Ciprian viuda de Velásquez, así como en su condición de titulares de una pensión por orfandad, desde el fallecimiento de su progenitor en fecha 26 de Noviembre del 2011. 4.- Que se constituya un sistema temporal de apoyo para la toma de decisiones en favor de Wilbert y Rubén Velásquez Ciprina, que estará conformado por su progenitora Marta Rosalvina Ciprina viuda de Velásquez y su hermana Milagros Velásquez Cirpian y el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia del Cusco , integrado por su coordinador , el médico siquiatra , una sicóloga y una asistenta social , los que serán designados e ejecución de sentencia . 5.- Que durante la vigencia del sistema de apoyo, en todo momento se respete los derechos, la voluntad y las preferencias de Wilbert y Rubén Velásquez Ciprián, y que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de ambos hermanos. 6.- Que las personas que forman parte del sistema de apoyo no deben ejercer influencia indebida sobre Wilbert y Rubén Velásquez Ciprián y abstenerse cuando exista conflicto de intereses en el apoyo para que adopte una decisión. 7.- Que Wilbert y Rubén Velásquez Ciprián no se encuentran impedidos de heredar bienes, tener propiedades, controlar sus propios asuntos económicos; sin embargo, evaluadas en forma concreta sus propias condiciones y circunstancias

particulares, para el caso de actos de disposición o administración que comprometan su patrimonio, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica deberán adoptar su decisión con la participación del sistema de apoyo dispuesto precedentemente; caso contrario, los actos jurídicos que efectúen adolecerán de nulidad conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 219 del Código Civil. 8.- Disponer que la sentencia y el sistema de apoyo sea revisado cada seis meses.

CUARTO. Disponer que la presente sentencia en forma complementaria sea adaptada a un formato de lectura fácil y que sea leída y entregada a ambos en una audiencia especial para que puedan entender y comprender adecuadamente su contenido, sin perjuicio de notificarles con la sentencia tradicional.

QUINTO. Exhortar al congreso de la república para que acelere el proceso de armonización del Ordenamiento Jurídico vigente a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo la reforma del Código Civil sobre capacidad jurídica, interdicción y curatela regulados en los artículos 43, 44, 564, 565 y demás pertinentes del Código Civil, adoptando el modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad sicosocial o intelectual que respete su autonomía, voluntad y preferencias, en lugar del modelo actual de sustitución en la toma de decisiones. Así como adoptar medidas legislativas para reevaluar y revocar las medidas de sustitución de interdicción civil impuestas a personas con discapacidad sicosocial o intelectual, que limitan y anulan

sus derechos civiles, asegurándoles en su lugar su acceso a sistemas de apoyo conforme a sus necesidades para la toma de decisiones.

SEXTO. Exhortar al estado peruano lo siguiente: 1. Promueva la creación de sistemas de apoyo para la toma de decisiones de personas con discapacidad sicosocial e intelectual que aseguren el reconocimiento y ejercicio del derecho de su capacidad jurídica, así como formular directivas, guías y buenas prácticas para la adecuada implementación de los sistemas de apoyo referidos. 2. Adoptar medidas proactivas para promover la concienciación de funcionarios y servidores públicos respecto del reconocimiento del derecho de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 3. Efectúe un examen de su marco normativo para modificar reglamentos, directivas, procedimientos, prácticas, costumbres y demás normas estatales que restrinjan el reconocimiento y ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las que se les exija una sentencia de interdicción civil y nombramiento de un curador, incluyendo el derecho de acceso a la pensión de orfandad por incapacidad, a fin de armonizarlo con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluidos sus principios fundamentales, conforme al artículo 4 de la referida Convención.

SÉPTIMO. En caso de no ser impugnada la presente sentencia, se eleve en consulta al superior jerárquico en aplicación de lo dispuesto por el inciso tres del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Civil; sin costos ni costas T.R y H.S ERBR.

PROCESO INNECESARIO DE INTERDICCIÓN COMO REQUISITO PARA PRESENTAR DEMANDA DE ALIMENTOS DE INCAPACES ABSOLUTOS CON ENFERMEDADES MENTALES COMO CAUSA DE IMPUNIDAD Y DESESTIMIENTO.

Durante la investigación se corroboró casos, en las que los padres o familiares de las que las personas con incapacidad absoluta, desistieron de realizar una demanda de alimentos para su familiar incapaz, al conocer que tenían que realizar con antelación el proceso de interdicción; tal y como lo manifiesta la Abogada especializada en temas de familia Floralia Iriola Diaz Medrano, identificada con Registro del Colegio de Abogados de Ucayali N° 183, que señala: "Varios de los casos que le tocó patrocinar en temas de alimentos se encontró con esta traba judicial, el tener que realizar un proceso de interdicción, por cuanto no solo genera desaliento a las personas, sino que al mirar en un sistema judicial engorroso, tienden a sentir un aire de impunidad hacia el que omite pasar una pensión a su familiar, y por otro lado de injusticia y olvido por parte del estado"

Y es que ella misma ha sido "victima" de esta situación jurídica innecesaria; dicha letrada señala que tiene una hija que sufre de retraso mental moderado y que nunca demando por alimentos al padre de su hija por conocer sobre el requisito de realizar el proceso de interdicción antes de presentar la correspondiente demanda de alimentos; proceso que no solo es costoso, sino que en nuestro carente sistema procesal, el tiempo que duraría es

astronómica, y esta por las razones expuestas en el marco teórico en su punto correspondiente.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

Finalmente, como resultado de la tesis titulada: **"La Interdicción y la vulneración al Derecho de alimentos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales en el Distrito Judicial de Ucayali 2008-2014",** tenemos las siguientes conclusiones siempre bajo el entendido de que lo aquí proponemos, como toda obra humana, puede ser perfectible.

- El proceso de interdicción, vulnera el derecho fundamental alimentario de las personas que adolecen de incapacidad absoluta, es decir los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, así como también los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad y los retardados mentales. Como requisito previo al proceso de alimentos.

- La actual regulación de la capacidad jurídica de la persona con incapacidad mental plasmada en el Código Civil peruano, no está en concordancia con el vigente modelo social que busca, antes que una sustitución en la toma de decisiones, un apoyo en la toma de las mismas. Por eso, urge una modificación a los

preceptos del texto civil que sean pertinentes a fines de derogar la figura jurídica de la interdicción civil para estas personas. Si se desea acceder a la pensión alimenticia o atenderse de la enfermedad padecida, habrá que cumplir primero la sacra formalidad que exige la representación legal. En caso de seguir el proceso de interdicción, habrá que esperar el funcionamiento de un sistema judicial lento, engorroso, surrealista en muchos casos, que puede durar años, con el consiguiente desgaste en tiempo, dinero y esfuerzo de los familiares del enfermo o discapacitado y del8 menoscabo en la salud del mismo. Mientras tanto, las personas, como los padres, familiares de los incapaces, sucumbirán por la falta de dinero para su manutención o empeorarán en su afección mental por la carencia de controles o acceso a las medicinas farmacológicas que son indispensables para el tratamiento que permitan, de alguna forma, equilibrar el sistema neuroquímico de nuestro complejísimo cerebro.

- Nuestra Legislación Civil, deberá reconocer que las personas que adolecen de incapacidad absoluta o relativa, tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Y tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Además el Estado asegurará que en todas las medidas relativas a ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho

internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o por un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten los intereses de las personas.

- De la misma manera los que adolecen de incapacidad absoluta o relativa tienen capacidad de ejercicio al igual que todas las demás personas no discapacitadas, lo cual en definitiva es una manera jurídica más acorde con la tutela de los sujetos débiles. No se podría señalar que un sujeto discapacitado es un incapaz de ejercicio pues una cosa es ser discapacitado por alguna circunstancia física o psíquica y otra cosa es ser un incapaz por decisión de una norma jurídica.

- La Constitución política del Perú, refiere que la dignidad de la persona no se pierde con la enfermedad mental y por tanto el régimen legal debe ser siempre favorable para él. Se debe buscar su readaptación. En realidad el enfermo mental debe ser

rehabilitado antes de ser readaptado. La rehabilitación es el resultado de un tratamiento adecuado para cualquiera de las modalidades de enfermedades mentales.

- El Perú no está cumpliendo con muchos de los principios de atención al enfermo mental reconocido por Naciones Unidas lo que significa una falta inaceptable en un Estado democrático de Derecho**.**

5.2. RECOMENDACIONES

- Consideramos que debe existir una normativa que tutele los derechos subjetivos del sujeto débil enfermo de mente y que sea acorde con el respeto a su dignidad como sujeto de derecho que merece una protección especial por parte del Estado. La declaración de interdicción del sujeto débil y el nombramiento de un curador al amparo de las normas del código civil no pueden significar su “enterramiento” como sujeto de derecho, no puede implicar su desaparición del mundo jurídico, el sujeto débil tiene el derecho a que se respete su capacidad jurídica y la de obrar para lo que no se sienta incapacitado.

BIBLIOGRAFÍA

1 **ALVAREZ VITA**, Juan. El Derecho a la salud. Cultural Cuzco. Lima 1984

2 **CABANELLAS.** Diccionario Jurídico Tomo II. Buenos Aires 1980 p 1345

3 **CALMET LUNA,** Armando. Glosario de términos jurídicos. Universidad Privada Ricardo Palma. Lima 2004.

4 **CALZADILLA FIERRO**, L. Rehabilitación del Enfermo Mental. Antecedentes históricos. I Congreso Virtual de Psiquiatría 1 de febrero – 15 de marzo 2000. Disponible en: http://www.psiquiatria.com/congreso/mesas/mesa51/conferencias/51-ci-c.htm.

5 **CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD** a la luz de la Convención de la ONU. En Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo (pp. 353-390). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. Bariffi, F. (2011).

6 **CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD: UNA VISIÓN DEL DERECHO COMPARADO.** En Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional

de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires: EDIAR. Bernal, C. (2007).

7 **CORNEJO CHAVEZ**, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Gaceta Jurídica. 10° Edición Lima-Perú 1999. PP. 744.

8 **DERECHOS HUMANOS & SALUD MENTAL EN EL PERÚ.** Un informe de: MENTAL DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL Y ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS Septiembre 2004 Lima, Perú p3.

9 **DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD**. Algunas reflexiones derivadas de la discapacidad desde la teoría de los derechos. En Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina (pp. 17- 50). Madrid: Dykinson.

10 **DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ.** (2009). Informe Defensoría N° 140. Salud Mental y Derechos Humanos: Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables. Lima: Defensoría del Pueblo. Espinoza, J. (1998).

11 **DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS.** Themis Revista de Derecho, 67, 167- 175. Clérico, L. (2009).

12 **EL DERECHO A LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN DE LA ONU,** sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa. En Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (pp. 55-79). Buenos Aires: EDIAR. Bariffi, F. (2009).

13 **ESPINOZA ESPINOZA,** Juan. “Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio en Código Civil comentado Gaceta Jurídica. Lima 2003.

14 **ESPINOZA, ESPINOZA,** Juan. La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles. Lima: Grijley (2007).

15 **FERNÁNDEZ SESSAREGO**, Carlos. Derecho y persona Grijley Lima 2001 p 30

16 **LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN EL PERÚ:** Propuesta para su adecuación con el modelo social. marzo 2014, de Red de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Borea, C. (2015).

17 **LANDA, CESAR** “El Proceso Constitucional” Palestra Editores. Lima 2003 p 145.

18 **RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ,** Elvito “Derecho Procesal Civil” Sexta edición. Grijley Lima 2005

19 **ROMERO MONTES,** Javier Curso de acto jurídico Editorial librería Portocarrero Lima 2003.p 59

20 **RUBIO,** Marcial **Y BERNALES**, Enrique, Constitución y Sociedad Política mesa redonda editores Lima 1988.p19

21 **SCHEREIBER PEZET**, Max Arias. Exegesis Del Código Civil peruano de 1984 Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima-Perú 2006. P. 486

22 **NIÑO**, Carlos. Fundamentos Derecho Constitucional . Análisis filosófico. jurídico y politológico de la práctica constitucional Editorial Astrea. Buenos Aires 1992.

23 **VALLEJO** Riubobo “Introducción a la psicopatología y la psiquiatría” 5ta edición Masson Barcelona 2002 p 14 Hemerografía

ANEXO

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODODOLOGÌA
Problema General. *¿De qué manera la interdicción vulnera el Derecho de Alimentos en las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales, en el Distrito Judicial de Ucayali 2008-2014? **Problemas Específicos.**	**Objetivo General.** *Analizar de qué manera la interdicción, vulnera el derecho a la capacidad jurídica de las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales, como requisito para iniciar el proceso de alimentos.	**Hipótesis General.** *La procedencia del proceso de interdicción, tiene relación directa con la vulneración del derecho de alimentos de la personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.	**Variable Independiente** EL PROCESO DE INTERDICCIÓN **Variable Dependiente** VULNERACIÓN AL DERECHO DE “ALIMENTOS” DE LAS PERSONAS CON INCAPACIDAD ABSOLUTA POR ENFERMEDADES MENTALES.	**SOCIAL** **JURÍDICA** **POLITICA**	Exigencia del derecho a los alimentos. Rehabilitación Aplicación del Proceso de Interdicción. Vulneración del derecho de “alimentos” a los incapacitados Consecuencias jurídicas	**Tipo de investigación.** Descriptivo socio jurídico. **Diseño de Investigación.** **M ⟹ O** **Dónde:** M: Representa a la muestra que comprende 45 Padres o familiares encuestados de los incapaces con retardo mental.

*¿De qué manera la procedencia de la interdicción vulnera el Derecho de Alimentos en las personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales? *¿Cuál es el índice de vulneración de derechos a los alimentos en los casos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales?	**Objetivos Específicos.** *Analizar si la procedencia de la interdicción vulnera el derecho a la capacidad jurídica de las personas que adolecen de incapacidad absoluta, previo al inicio del proceso de alimentos. *Demostrar el alto índice de vulneración de derechos a los alimentos en los casos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.	**Hipótesis Específicas.** *La aplicación directa del proceso de alimentos en personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales se relaciona con el beneficio a los derechos humanos. *La aplicación del Proceso de Interdicción vulnera el derecho a un Proceso justo de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades mentales.	**Variable Interviniente** PODER JUDICIAL	**ÓRGANOS JURISDICCIONALES A NIVEL NACIONAL**	Incapaces absolutos y relativos por falta de discernimiento y enfermedades mentales.	O: Representa a la observación sobre la vulneración al derecho de alimentos de personas con incapacidad absoluta por enfermedades (VD) y la Interdicción (VI). **Población.** *80 padres o familiares de los incapaces con retardo mental o que se encuentran privados de discernimiento, incluido 04 abogados y un juez del Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Ucayali. *05 Ejecutorias Supremas, sobre temas de interdicción que vulneran derechos fundamentales de las personas.

		*La aplicación del Proceso de Interdicción vulnera el derecho a la alimentación de las personas con incapacidad absoluta por enfermedades				**Muestra.** *45 Padres o familiares de los incapaces con retardo mental o que se encuentran privados de discernimiento, incluido 04 abogados y un juez del Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Ucayali. ***05** Ejecutoras Supremas, sobre temas de interdicción **Técnica.** **Encuesta.**

ANEXO 2

INSTRUMENTO

ENCUESTA A PADRES O FAMILIARES DE PERSONAS QUE ADOLECEN DE INCAPACIDAD ABSOLUTA E INCAPACIDAD RELATIVA, COMO SON LOS RETARDADOS MENTALES LOS QUE ADOLECEN DE DETERIORO MENTAL QUE LES IMPIDE EXPRESAR SU LIBRE VOLUNTAD. ASI COMO A ABOGADOS Y A UN JUEZ DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE PUCALLPA.

LUGAR Y FECHA……

Señores padres o familiares de personas que adolecen de incapacidad absoluta por enfermedades mentales en la ciudad de Pucallpa. Permítannos saludarles respetuosamente, haciendo de su conocimiento que estamos realizando una investigación cuyo título es: "***LA INTERDICCIÓN Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE ALIMENTOS DE PERSONAS CON INCAPACIDAD ABSOLUTA POR ENFERMEDADES MENTALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE UCAYALI 2008-2014".*** Para lo cual les pedimos su apoyo marcando o escribiendo donde corresponda la respuesta verídica de las siguientes premisas:

1. Marque con una X lo que corresponda, respecto a la edad de las personas que se encuentran privados de discernimiento, con retardo mental y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

(A) de 80 a 60 años de edad

(B) de 60 a 40 años de edad

(C) de 40 a 20 años de edad

(D) de 20 a 18 años de edad.

2. **¿**Considera a las personas que se encuentran privadas de discernimiento, a los retardados mentales un peligro para la sociedad?

(A) SI

(B) NO

(C) NO OPINA

3. ¿Cree usted que es necesaria la aplicación de la interdicción para quienes adolecen enfermedades mentales para obtener el derecho a una pensión de alimentos?

   (A) SI

   (B) NO

   (C) NO OPINA

4. ¿Estima necesaria la declaración previa de incapacidad mediante un proceso de interdicción, para determinar la incapacidad de las personas si esta fuese manifiesta?

   (A) SI

   (B) NO

5. ¿El proceso de interdicción previo al proceso de alimentos, atenta contra los derechos humanos de las personas con discapacidad?

   (A) SI

   (B) NO

6. ¿Cree sobre la rehabilitación de los enfermos mentales o la recuperación del discernimiento?

   (A) SI

   (B) NO

   (C) NO OPINA

7. El nivel de eficiencia de las normas legales, del Proceso de interdicción y proceso de alimentos, es:

   (A) MUY ALTO

   (B) ALTO

   (C) BAJO

Gracias por su colaboración.